Die notwendige Teilnahme im Strafrecht (concursus necessarius)

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Dr. phil. Hermann Brunner
aus Fürth i. B.

Approbiert am 3. August 1929

Gießen 1930

von Münchowsche Universitäts-Druckerei Otto Kindt

30:92

Referent: Univ.-Prof. Dr. August Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem treuen Freunde
Dr. iur. Karl Doering-Manteuffel,
Oberleutnant a. D., in der Gesinnung zugeeignet,
die uns während unserer Erlanger
Studienzeit verband.

Der Verfasser

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 8

I. Der Begriff „notwendige Teilnahme" 9

II. Die notwendige Teilnahme und ihr Verhältnis zu den strafrechtlichen Teilnahmegrundsätzen 12

III. Die Begegnungsdelikte 18

1. Begriffliches 18

2. Deliktsmehrheit oder Deliktseinheit? 19

3. Begegnungsdelikte, bei denen nur einer der notwendig Beteiligten vorsätzlich handelt 24

4. Einzelne Fälle von Begegnungsdelikten 26

a) Der Zweikampf 26

b) Die Doppelehe 28

c) Der Ehebruch 30

5. Formelle Bestimmungen 33

IV. Die Konvergenzdelikte 34

1. Begriffliches 34

2. Setzt der Tatbestand der Konvergenzdelikte Mittäterschaft voraus? 36

3. Einzelne Fälle von Konvergenzdelikten: Aufruhr und Auflauf . 36

V. Die Fälle notwendiger Teilnahme, in welchen nur eine der beteiligten Personen vom Gesetz für strafbar erklärt wird 40

VI. Die Teilnahme an der notwendigen Teilnahme 44

Schlußwort 49

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Ph., Die Strafgesetzgebung des Deutschen Reichs, 3. Auflage, München 1926.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage, 1922.

Alexander, L., Komplott und Bande mit besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Diss. Breslau 1920.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Berlin 1906—1909.

Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht, I, 1840.

Bauer, W., Die akzessorische Natur der Teilnahme, Diss. Göttingen 1904.

Beling, Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1928.

— Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928.

v. Below, G., Das Duell in Deutschland in Geschichte und Gegenwart.

Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1895.

Berner, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1847.

Binding, K., Grundriß des deutschen Strafrechts, Leipzig 1913.

— Die Normen und ihre Übertretung.

— Handbuch des deutschen Strafrechts, 1885.

Bongen, E., Die Teilnahme an der Teilnahme, Diss. Rostock 1914.

Birkmeyer, K., Die Lehre von der Teilnahme und der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, Berlin 1890.

Bock, P., Das Delikt des Ehebruchs, Diss. Frankfurt 1919.

Büll, H., Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme, Diss. Rostock.

v. Bülow, Chr., Die Bestrafung des Wuchers mit geschichtlichem Rückblick, Diss. Würzburg 1910.

v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1879.

Breidenbach, Kommentar über das Großh. Hess. Strafgesetzbuch, I., 1844.

v. Calker, F., Die strafrechtliche Verantwortung für auf Befehl begangene Handlungen, 1891.

Dahm, Chr., Die Teilnahme an Straftaten, die der Teilnehmer nicht als Alleintäter begehen kann, Diss. Greifswald 1919.

Ebermayer, Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 3. Auflage, Berlin 1925.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Feuerbach, Lehrbuch, 14. Ausgabe, 1847.

Frank, R., Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 17. Auflage, Tübingen 1926.

Freudenthal, B., Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Breslau 1901.

Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand des Verbrechens, 1862.
Gerichtssaal, Band 22 u. 28.
Goltdammer, Archiv, Band 28.
Graser, H., Das Verbrechen der Bigamie, § 171 Strafgesetzbuch, Diss. Heidelberg 1912.
Häberlin, Grundsätze des Kriminalrechts, I.
Habermaus, Die ideale Konkurrenz der Delikte, 1882.
Hahn, H., Der bewaffnete Hausfriedensbruch, Diss. Rostock 1919.
Hälschner, Geschichte des Brandenburg-Preußischen Strafrechts (ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts), Bonn 1855.
— System des preußischen Strafrechts, Bonn 1868.
Hefftter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Kriminalrechts, 6. Aufl., Braunschweig 1854.
Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz, 1893.
Henke, Handbuch des Kriminalrechts, Band I, 1825.
Hepp, Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge.
Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1909.
Hermes, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1878.
Holtzendorffs Handbuch, II.
Hufnagel, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg.
Jankovitsch, M., Der Einfluß besonderer Umstände auf Täterschaft und Teilnahme, Diss. München 1911.
Kiesling, M., Der Ehebruch als Ehehindernis, Diss. Leipzig 1914.
Köstlin, Neue Revision, 1845.
— System des deutschen Strafrechts, 1855.
Köhler, Aug., Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917.
— Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900.
— Reformfragen des Strafrechts.
v. Kries, Beiträge zu der Lehre von der Teilnahme (in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), Band 7, 1887.
Krug, P., Die besonderen Umstände der Teilnahme, Diss. Gießen, 1899.
Lammasch, H., Grundriß des österr. Strafrechts, 5. Aufl., neu bearbeitet von Dr. Th. Rittler.
Lang, F., Der Rücktritt vom Versuch bei Teilnahme und mittelbarer Täterschaft, Diss. Erlangen 1909.
Langenbeck, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1867.
Lent, Fr., Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß, I., 1912.
Levi, E., Zur Teilnahme am Zweikampfverbrechen.
Longard, Der Raufhandel (§ 227) im geltenden Recht und in den Vorentwürfen, Diss. Heidelberg 1912.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage von E. Schmidt, Berlin 1927.
Löning, R., Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885.
Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 16. Aufl., Berlin und Leipzig 1929.

Marezoll, Das gemeine deutsche Kriminalrecht, 1841.
Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalrechts.
Mayer, M. E., Allg. Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Heidelberg 1923.
Merkel, Lehrbuch des Strafrechts, Stuttgart 1889.
Merkel-Liepmann, Lehre vom Verbrechen und Strafe, Stuttgart 1912.
Michel, W., Die akzessorische Natur der Teilnahme nach den Entwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch, Diss. Erlangen 1915.
Mittermaier, Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, erschienen in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, 4. Band.
Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für da Deutsche Reich, 11. Auflage, Berlin 1927.
Oppenhoff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 13. Auflage.
Otto, Aphorismen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, 1873.
— Preußisches Strafrecht, II.
Pollaček, K., Der Aufruhr im deutschen Strafrecht, Diss. Heidelberg 1913.
Pfotenhauer, N., Die Ehe unter besonderer Berücksichtigung der Doppelehe, Diss. Greifswald 1911.
Schletters Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. 9.
Schütze, R., Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Leipzig 1869.
Stenglein, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch, Berlin 1901.
Strauß, F., Die geschichtliche Entwicklung der Strafbarkeit des Zweikampfes.
Stübel, Über den Tatbestand des Verbrechens, Wittenberg 1805.
Schmidt, G., Die Mittäterschaft, 1882.
v. Schwarze, A., Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1884.
Temme, Lehrbuch des preußischen Strafrechts, 1853.
Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz, 1893.
Wendler, E., Die strafrechtliche Behandlung der Beteiligung mehrerer am Verbrechen und der Begriff der Teilnahme, Diss. Heidelberg 1913.
Zehler, Fr., Der Hausfriedensbruch, Diss. Würzburg 1913.
Zachariä, Von der Teilnahme am Verbrechen, 1850.

Einleitung.

Der Begriff der notwendigen Teilnahme taucht in der Literatur des Strafrechts erst sehr spät auf. Wir finden in den eingehenden Erörterungen über Täterschaft, Mittäterschaft, Urheberschaft, Komplott usw. von Albertus de Gandino bis hinauf zu Böhmer niemals den „concursus necessarius ad delictum" erwähnt.

Der erste, welcher die Frage aufwarf, ob die dem positiven Recht entsprechenden Grundsätze von der Teilnahme auch auf die notwendigen Teilnahmehandlungen anwendbar seien, war Stübel[1]). Die technische Bezeichnung concursus necessarius hat er allerdings noch nicht gebraucht und vermutlich auch nicht gekannt. Es läßt sich überhaupt nicht nachweisen, wer diese Bezeichnung in die strafrechtliche Literatur eingeführt hat. Aller Wahrscheinlichkeit nach ist das Wort „notwendig" in diesem Zusammenhange von Martin[2]) zum ersten Mal angewendet worden; jedoch noch nicht als technische Bezeichnung und nicht im Gegensatz zu „zufällig" oder „fakultativ". Es heißt bei ihm in § 72 seines Lehrbuchs: „Einige Verbrechen können zwar, ihrem Begriff nach, von einem einzigen Täter niemals vollendet werden; selbst bei solchen aber findet sich oft eine größere Zahl von Mitverbrechern, als dazu notwendig wäre".

In der Folgezeit haben sich verschiedene Rechtslehrer mit den notwendigen Teilnahmehandlungen auseinanderzusetzen versucht; so z. B. Henke[3]), Hefftter[4]), Häberlin[5]), Marezoll[6]),

[1]) Stübel, Über den Tatbestand des Verbrechens, Württemberg 1805.

[2]) Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalrechts, 1820.

[3]) Henke, Handbuch des Kriminalrechts, Bd. I, 1823, Berlin und Stettin in der Nicolaischen Buchhandlung, S. 284 ff.

[4]) Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Kriminalrechts, 1. Auflage, 1833.

[5]) Häberlin, Grundriß des Kriminalrechts nach den neueren deutschen Strafgesetzbüchern, Bd. I, 1845.

[6]) Marezoll, Das gemeine deutsche Kriminalrecht, 1. Aufl., 1841.

Hufnagel[7]), Bauer[8]), Berner[9]), Langenbeck[10]), Temme[11]) u. a. mehr.

Eine eingehende Würdigung hat der Begriff der notwendigen Teilnahme allerdings erst durch Schütze[12]) erfahren, und in neuerer Zeit ist es Freudenthal[13]) gewesen, der dieses Problem zum Gegenstand einer größeren Abhandlung gemacht hat.

Die „notwendige Teilnahme" ist jedoch noch heute ein viel umstrittener Begriff in der strafrechtlichen Literatur und eine ganze Anzahl damit in Zusammenhang stehender Fragen bedürfen noch einer besonderen Klarlegung, die in der vorliegenden Schrift versucht werden soll.

I.

Der Begriff der notwendigen Teilnahme.

Gewisse Delikte unterscheiden sich begriffsmäßig von anderen dadurch, daß bei ihnen mehrere Personen zusammenwirken müssen, um den Tatbestand des Verbrechens zu erfüllen. Hier ist die Mehrheit der am Verbrechen beteiligten Subjekte nicht zufällig und an sich unwesentlich, sondern begrifflich notwendig, da ja ohne eine solche Verbrechermehrheit das betreffende Delikt nicht zustandekommen kann.

Hierher gehören u. a. folgende Fälle:

§ 83 StGB.: Die Verabredung der Ausführung eines hochverräterischen Unternehmens.

§ 109 StGB.: Der Wahlstimmhandel.

§ 142 StGB. Abs. 1 u. 2: Zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich machen und sich machen lassen.

§ 171 StGB.: Die Bigamie.

§ 205 StGB.: Der Zweikampf.

§ 227 StGB.: Die Beteiligung am Raufhandel (Schlägerei).

---

[7]) Hufnagel, Das württ. Strafgesetzbuch, 1845.

[8]) Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Bd. I, 1840.

[9]) Berner, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1847.

[10]) Langenbeck, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1867/68.

[11]) Temme, Lehrbuch des preuß. Strafrechts, 1853.

[12]) Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1869.

[13]) Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Breslau 1901.

§ 320 StGB. Abs. 2: Das Anstellen und sich Anstellenlassen eines Unfähigen im Eisenbahn- oder Telegraphendienst.

In allen diesen Fällen kann man auch von „notwendiger Teilnahme (concursus necessarius) sprechen. Darüber jedoch, was in diesen Begriff einzubeziehen ist, gingen die Meinungen der strafrechtlichen Schriftsteller von jeher auseinander. Als erster hat sich Stübel mit den Delikten, deren Zustandekommen nur durch eine Beteiligung mehrerer Personen möglich gemacht wird, beschäftigt, indem er in seiner Abhandlung [14]) über den Tatbestand des Verbrechens in § 28 folgendes ausführt: „In Ansehen derjenigen Fälle, deren Vollziehung schon ihrer Natur nach die Konkurrenz mehrerer Personen erfordert, wie z. B. der fleischlichen Vergehungen und des Duells, wird der Satz, daß jeder von den Teilnehmern als Miturheber zu bestrafen sei, gar nicht in Zweifel gezogen" [15]).

Einige Schriftsteller ziehen die Grenzen sehr weit: So spricht z. B. Frank [16]) dort von notwendiger Teilnahme, wo ein Delikt begrifflich die aktive Beteiligung mehrerer Personen erfordert. Schütze [17]) setzt bei dem Begriff des fraglichen Verbrechens eine Mehrheit mitwirkender Subjekte voraus.

Eine sehr weite Umgrenzung gibt Stenglein [18]), indem er notwendige Teilnahme dort annimmt, wo eine Mitwirkung mehrerer vorhanden ist. Nach dieser Auffassung fiele z. B. auch Nötigung zu einer Handlung (§§ 240, 253, 339), Verleitung zur Verübung unzüchtiger Handlungen (§ 176 N. 3), Verführung zum Beischlafe (§ 182) unter den Begriff notwendige Teilnahme.

Eine weitere Gruppe von Schriftstellern faßt den Rahmen dadurch etwas enger, daß sie ein Zusammenwirken mehrerer Personen fordert; so z. B. Meyer-Allfeld, v. Liszt und Olshausen. Freudenthal [19]) weist in diesem Zusammenhange darauf hin, daß trotz dieser Einschränkung die Grenzen zu weit gezogen seien und führt einige Delikte an, die bei obiger Definition noch unter den Begriff der notwendigen Teilnahme fallen müßten: Die Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen (§ 216), die Ent-

[14]) Erschienen 1805.

[15]) Stübel ist allerdings der Begriff der notwendigen Teilnahme noch unbekannt.

[16]) Lehrbuch, S. 61.

[17]) Notwendige Teilnahme, S. 318.

[18]) Komm. z. MStGBO. zu § 35.

[19]) Notwendige Teilnahme, S. 99.

führung der Einwilligenden (§ 237), die Untauglichmachung zur Erfüllung der Wehrpflicht (§ 142 Abs. 2), die Anwendung von Abtreibungsmitteln mit Einwilligung der Schwangeren (§ 218 Abs. 3), die qualifizierte Kuppelei des § 181 N. 2 in seiner alten Fassung [20]).

In Anlehnung an die gesetzliche Definition, welche der § 35 [21]) der MStGO. vom 1. Dezember 1898 aufstellt, hat Freudenthal folgende Fassung des fraglichen Begriffes gefunden:

„Delikte mit notwendiger Teilnahme sind die, welche nach ihrem gesetzlichen Tatbestande das Zusammenwirken mehrerer bei Vornahme der unter Strafe gestellten Handlung [22]) voraussetzen".

Freudenthal stellt seine Definition in erster Linie in Gegensatz zu der von v. Kries [23]) aufgestellten, der nur „Fälle, bei denen begriffsmäßig das Zusammenwirken mehrerer Personen erforderlich ist", in Betracht gezogen wissen will.

Die Freudenthal'sche Definition umfaßt also einen weiteren Rahmen, da hier in den Begriff der notwendigen Teilnahme auch die Fälle einbezogen werden, in denen das Gesetz das Zusammenwirken mehrerer bei Begehung der strafbaren Handlung verlangt, obwohl eine Person den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllen könnte [24]).

Im allgemeinen kann man sich der von Freudenthal aufgestellten Definition wohl anschließen, doch in einer Beziehung weist sie einen erheblichen Mangel auf.

Nach Freudenthal sollen nämlich diejenigen Fälle, welche „tatbestandsmäßig die Vollziehung des Beischlafs" voraussetzen [25]), nicht zur notwendigen Teilnahme gerechnet werden. Dazu gehören die §§ 172 (Ehebruch), 173 (Blutschande), 175 (widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts).

Wenn man auch zugeben muß, daß die Vollziehung des Beischlafes unter Umständen durch die Willensbetätigung einer Per-

[20]) Der Tatbestand erforderte außer dem Vorschubleisten die Betreibung der Unzucht als objektive Bedingung der Strafbarkeit.

[21]) Der § 35 der MStGO. v. 1. 12. 1898 lautet: Die Bestimmungen des § 34 finden bei strafbaren Handlungen, welche nach ihrem gesetzlichen Tatbestand das Zusammenwirken mehrerer voraussetzen, entsprechende Anwendung.

[22]) Diese Worte sind eingeschoben, um Delikte wie die Entführung der Einwilligenden und qualifizierte Kuppelei auszuschalten.

[23]) Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw., 7/555.

[24]) So z. B. im Falle des § 119 RStGB.

[25]) Notwendige Teilnahme, S. 46.

son hergestellt werden kann, ohne die Mitwirkung der anderen, beispielsweise schlafenden oder bewußtlosen Person, so darf dies doch niemals als Normalzustand bezeichnet werden. Es liegt vielmehr im Sinne des Gesetzes, wenn man hier ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken zweier Personen voraussetzt [26]).

Mit Recht hat Freudenthal behauptet, daß „der Begriff der notwendigen Teilnahme seinen üblen Ruf vor allem der Weite und infolgedessen der Unbestimmtheit seiner Fassung verdanke" und es ist sein Verdienst, daß er eine Definition gefunden hat, die viele Unklarheiten des Begriffes beseitigt. Die oben genannten Delikte müssen aber deswegen in den Rahmen der notwendigen Teilnahme gestellt werden, weil bei ihnen zweifellos der Fall des § 47 RStGB. gegeben ist [27]). Mehrere Personen erfüllen nämlich den Tatbestand einer strafbaren Handlung durch ihre gemeinsame Tätigkeit. Es liegt nicht in ihrer Absicht, das strafbare Tun eines anderen zu unterstützen, sondern sie unterstützen nur deshalb den anderen Teil, weil er dasselbe herbeiführen will wie sie, nämlich die Begehung eines Verbrechens.

Auf Grund dieser Ausführungen kommen wir also zu folgendem Ergebnis: Die Freudenthal'sche Definition ist anzunehmen, allerdings mit der Erweiterung, daß auch die §§ 172, 173, 175 StGB. einzubeziehen sind.

II.

Notwendige Teilnahme und ihr Verhältnis zu den strafrechtlichen Teilnahmegrundsätzen.

Die Frage, ob die strafrechtlichen Teilnahmegrundsätze auf die notwendige Teilnahme, den sog. concursus necessarius, anwendbar sind oder nicht, ist von den verschiedenen Schriftstellern verschieden beurteilt worden.

Hefftер [28]) hat als erster den Satz von der Unanwendbarkeit aller Teilnahmebestimmungen auf die notwendige Teilnahme aufgestellt.

---

[26]) Anders liegt der Fall beim Notzuchtverbrechen und bei der Entführung gegen den Willen der Entführten. Hier fehlt bei dem einen Teil der Vorsatz des Täters; deshalb sind diese Delikte auszuschließen.

[27]) Die Tatsache, daß es Ausnahmefälle gibt, z. B. Bewußtlosigkeit des einen Teils, vermag daran nichts zu ändern.

[28]) Lehrbuch des gemeinen deutschen Kriminalrechts, 1. Auflage 1833; 6. Auflage 1857, § 77 u. 545.

Unter den Begriff der notwendigen Teilnahme im weiteren Sinne fallen nach seiner Auffassung auch Verbrechen, „welche nur durch ein gleichzeitiges Tun mehrerer ihre Form erhalten, z. B. Stuprum, Bestechung und Duell, wobei jeder notwendige Teilnehmer das Verbrechen ganz und für sich begeht und man nicht noch außerdem von einer Teilnahme am Verbrechen des anderen reden kann (concursus necessarius)".

Daraus folgt, daß die notwendigen Teilnehmer nicht Teilnehmer eines Deliktes sind; denn jeder einzelne begeht ein selbständiges Delikt, welches unabhängig ist von dem des anderen notwendig Beteiligten [29]).

Eine ähnliche Ansicht vertritt Häberlin [30]), allerdings mit der Ausnahme, daß für den Aufruhr die Teilnahmegrundsätze Geltung haben sollen.

Auch Hepp [31]) hält die Begriffe Komplott und Komplottanten, sowie die damit in Zusammenhang stehenden besonderen Rechtsregeln für Delikte wie Duell, freiwillige Entführung, Ehebruch, Unzucht, Wucher, freiwillige Tötung oder Mißhandlung unanwendbar, da solche Handlungen nur in gegenseitiger Einwilligung der schuldigen Teile zur Ausführung gelangen könnten. „Man nennt die schuldigen Teile Duellanten, Ehebrecher, Skortanten etc., nicht aber Teilnehmer eines Duells, eines Ehebruchs, einer Unzucht etc.". Als Teilnehmer betrachtet Hepp nur dritte Personen, d. h. solche, die an den oben bezeichneten Verbrechen nicht notwendig beteiligt sind.

Ähnlich wie Häberlin will er jedoch auf Delikte wie Aufruhr oder Hochverrat, welche „möglicherweise nur durch ein gewisses übereinstimmendes Handeln ausgeführt werden können", den Begriff des Komplotts angewendet wissen [32]).

Neben den oben erwähnten Schriftstellern treten auch noch andere für die Unanwendbarkeit der strafrechtlichen Teilnahmelehre ein, allerdings mit verschiedener Begründung. So z. B. ist Berner [33]) der Ansicht, daß die strafrechtlichen Teilnahmegrundsätze dort unanwendbar seien, wo das Objekt des Verbrechens und die mithandelnde Person identisch sind (Bigamie, Ehebruch, Stuprum,

[29]) Eine nähere Begründung dieser Auffassung bleibt uns Heffter allerdings schuldig.

[30]) Häberlin, Grundsätze des Kriminalrechts, S. 52.

[31]) Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge, 1846, S. 332.

[32]) Eine Verbreitung hat diese Auffassung allerdings nicht gefunden.

[33]) Berner, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1847, S. 165 ff.

Duell, Bestechung)[34]). Die Tatsache, daß das andere Subjekt als Objekt des Verbrechens notwendig ist, bildet nach Berners Anschauung das Wesen des concursus necessarius, womit zugleich auch der Grund für den Ausschluß von der eigentlichen Teilnahme gegeben ist. Diese allerdings sehr angreifbare Theorie ist später von Berner selbst wieder aufgegeben worden. (Vgl. Berner, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen 1847, S. 165 f.; sowie Freudenthal, a. a. O. S. 9.)

Ähnlich wie schon frühere Schriftsteller will auch er in Bezug auf Tumult, Aufruhr und Landfriedensbruch die Teilnahmegrundsätze angewendet wissen mit der Begründung, daß hier das Zusammenwirken der Beteiligten auf einen „außer ihnen liegenden Zweck" abziele.

In diesem Zusammenhang müssen auch noch Temme[35]), Geyer[36]) und Köstlin[37]) genannt werden, da sie ebenfalls die Ansicht vertreten, daß die Teilnahmegrundsätze auf den concursus necessarius[38]) unanwendbar seien.

Schließlich sollen auch noch einige andere Rechtslehrer, welche ähnlicher Auffassung sind, zu Worte kommen: Otto[39]) z. B. äußert sich folgendermaßen: „Bei diesen Delikten (des concursus necessarius) sind diejenigen, welche inzestuosen, ehebrecherischen Umgang miteinander pflegen, sowie die beiden Duellanten usw. als selbständige Täter anzusehen, also unter die §§ 47 bis 50 StGB. nicht zu rechnen".

Um die Stellungnahme des Reichsgerichts zu kennzeichnen, genügen einige kurze Hinweise. Dieses stellt in einer seiner Entscheidungen[40]) die Teilnahme der §§ 47 ff. StGB. in Gegensatz zur notwendigen Teilnahme: Es sollten zwar die Teilnahmebestimmun-

[34]) Nach Berners Auffassung steht in diesen Fällen das Subjekt dem Subjekt nur als Objekt gegenüber; und das Handeln des Subjekts hat es hier „nur mit der Objektivität zu tun".

[35]) Temme, Lehrbuch des preuß. Strafrechts, 1853, S. 324.

[36]) Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen, 1862, S. 91.

[37]) Köstlin, System des deutschen Strafrechts, I., 1855, S. 348 und S. 257, N. 2.

[38]) Ausgenommen sind natürlich die oben erwähnten Delikte wie Tumult, Aufruhr und Landfriedensbruch.

[39]) Otto, Preuß. Strafrecht, II., 1858, §81, S. 299.

[40]) Entscheidungen des Reichsgerichts, II. Strafsenat vom 27. 4. 1883, E. 8, S. 294 ff.

gen des allgemeinen Teils auf die Spezialgesetze angewendet werden, doch im gegebenen Fall [41]) liege eine Teilnahme im Sinne der §§ 47 ff. StGB. überhaupt nicht vor, sondern nur eine sogenannte notwendige Teilnahme.

Bei der Behandlung des Wahlstimmhandels [42]) äußert sich das Reichsgericht in ähnlichem Sinne, es sagt hier nämlich folgendes [43]): „Von dem Verkaufenden könne nicht im strengen Sinne behauptet werden, daß er Mittäter, Anstifter oder Gehilfe zu dem seinem Verkaufe korrespondierenden Kaufe sei" [44]).

Eine andere Gruppe von Schriftstellern, zu der u. a. Breidenbach [45]), Mittermaier [46]), Marezoll [47]), Hufnagel [48]), Köstlin [49]) und Bauer [50]) gehören, wollen zwar für die notwendige Teilnahme die Teilnahmegrundsätze im allgemeinen gelten lassen, während sie die besonderen über Komplott und Verschwörung für nicht anwendbar halten.

Von diesen Gedankengängen geht auch das hessische Strafgesetzbuch aus, wenn es im Artikel 74 bestimmt: Die Verabredung mehrerer zur Ausführung eines gemeinschaftlich bezweckten Verbrechens, zu dessen Begriff nicht schon das Zusammenwirken mehrerer Personen gehört, hat . . . . die Wirkung, daß . . . . . jeder Teilnehmer . . . . . von der auf dieses Verbrechen gesetzten Strafe . . . . getroffen wird."

Auch der Entwurf eines Strafgesetzbuches [51]) für das Großherzogtum Baden schließt sich dieser Auffassung an, denn es heißt

[41]) Es handelt sich hier um die Frage, ob der Käufer eines ungestempelten ausländischen Prämienloses sich wegen Teilnahme an dem Vergehen des Verkäufers zu verantworten habe oder nicht.

[42]) § 109 StGB.

[43]) Entscheidungen des Reichsgerichts, III. Strafsenat vom 9. 1. 1888, E. 17, 101.

[44]) Eine nähere Begründung fehlt hier leider.

[45]) Breidenbach, Komm. über das Hess. Strafgesetzbuch, I, 2, 1844, S. 309.

[46]) Mittermaier, zu Feuerbach Lehrbuch, 14. Ausgabe, 1847, S. 91.

[47]) Marezoll, Das gemeine deutsche Kriminalrecht, 3. Aufl., 1856, S. 123.

[48]) Hufnagel, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg, II, 1842, zu Art. 79

[49]) Köstlin, Neue Revue, die Grundbegriffe des Kriminalrechts, 1845, S. 585.

[50]) Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht, I, 1840, S. 412, 440.

[51]) Nach den Beratungen der Gesetzgebungskommission, Karlsruhe 1836.

in § 106: „Die Verabredung mehrerer zur Ausführung eines gemeinschaftlich bezweckten Verbrechens, zu dessen Begriffe nicht schon die Zusammenwirkung mehrerer Personen gehört, hat in bezug auf die Zurechnung des Erfolges die Wirkung, daß . . . . . jeder mit der auf dieses Verbrechen gesetzten Strafe bestraft wird" [52]).

In Gegensatz zu allen diesen Theorien setzt sich Hälschner[53]), indem er die Teilnahmebestimmungen in vollem Umfang auch auf die notwendige Teilnahme angewendet wissen will. Nach seiner Auffassung ist es für die Schuldfrage der Teilnehmer sowohl formell als materiell gleichgültig, ob die Teilnahme eine zufällige war, d. h. ob der Tatbestand eines Verbrechens seiner Natur nach nur von einem Täter erfüllt werden konnte oder ob sie notwendig war, d. h. ob mehrere Personen zusammenwirken mußten, um eine strafbare Handlung begehen zu können.

„Warum sollen Duellanten nicht als Miturheber, die Sekundanten als Gehilfen betrachtet, warum soll nicht auch hier der Anstifter vom Angestifteten, also der Herausforderer vom Geforderten, unterschieden werden? Wenn man sagt, daß jeder Teilnehmer das Verbrechen ganz und für sich begeht, so ist eben übersehen, daß bei der Teilnahme das punktum saliens in der Selbstbestimmung oder dem Bestimmtwerden für das Böse enthalten ist, das hier wie bei dem concursus facultativus in Betracht kommt. Noch verwerflicher ist die Ansicht, „daß bei dem concursus necessarius das eine Subjekt für das andere nur Objekt des Verbrechens sei."

Dieser von Hälschner vertretenen Ansicht schließt sich auch Schütze an. Die Tatsache, daß der Tatbestand einer strafbaren Handlung nur durch die Mitwirkung mehrerer Personen erfüllt werden kann, spielt für ihn bei der Beurteilung der Strafbarkeit eines Verbrechens keine Rolle; er will den Teilnehmern des concursus necessarius wie bei der wahren Teilnahme stets ihre eigene selbständige Tat und ihre „verbrecherische Einwirkung auf Willen und Tat des Mittäters" zurechnen [54]).

Dieser Auffassung gibt Schütze in seinem 1869 erschienenen Buch über die notwendige Teilnahme eine nähere Begründung. „Je-

[52]) Ebenso § 110 des badischen Entwurfs (beschlossen von der Kommission der II. Kammer der Landstände).

[53]) Hälschner, Geschichte des Brandenburg-Preuß. Strafrechts, Bonn 1855, S. 299.

[54]) Aus einer Rezension in Schletters „Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft", Bd. 9, 1863, S. 90.

dem Mitverbrecher kann und muß außer seinem isolierten Anteil auch derjenige Anteil am verbrecherischen Erfolge zum Verbrechen und zur Strafe angerechnet werden, den er durch geistige Einwirkung bzw. Rückeinwirkung seines verbrecherischen Willens auf den Willen des anderen als eigene rechtliche Schuld (Mitschuld) auf sich geladen hat" [55]).

Schütze betrachtet demnach die notwendigen Teilnehmer als wahre Teilnehmer und will für sie alle Grundsätze der strafrechtlichen Teilnahmelehre angewendet wissen. Für alle Fälle der notwendigen Teilnahme hat Schütze das Wort von der „echten begriffsmäßigen Verbrechermehrheit" gebildet. Unter diesem Begriff faßt er zwei verschiedene Gruppen zusammen: 1. Die Fälle des „gegenseitigen Zusammenwirkens", wie z. B. Zweikampf, Ehebruch, Doppelehe, Sodomie von Personen gleichen Geschlechts. 2. Die Fälle einseitigen Zusammenwirkens wie Aufruhr und Auflauf. Hier begegnen sich nicht die verbrecherischen Absichten und Tätigkeiten, sondern sie laufen parallel, um dann im Deliktsakte zusammenzutreffen [56]).

Auch Buri [57]) geht bei der Beurteilung der uns interessierenden Frage von der Ansicht aus, daß die strafrechtlichen Teilnahmegrundsätze für die notwendige Teilnahme unbedingt Geltung haben müßten.

Daß bei gewissen Verbrechen mehrere Personen zusammenwirken müssen, sei nur „eine Eigentümlichkeit des objektiven Tatbestands". An der rechtlichen Beurteilung solcher Fälle ändere diese Tatsache nichts.

Eine ganze Anzahl von kriminalistischen Schriftstellern hat sich diesen Anschauungen angeschlossen. Ich will nur einige von ihnen herausgreifen: Lammasch [58]), Binding [59]), Hermes [60]),

---

[55]) Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 81.

[56]) Schütze, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 319.

[57]) In einer Besprechung des Schütze'schen Werkes, Gerichtssaal, Bd. 22, 1870, S. 221 ff.

[58]) Lammasch, Grundriß des Strafrechts, 1899.

[59]) Binding, Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, II, Besonderer Teil, I. Hälfte, neueste Auflage.

[60]) Hermes, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1878.

Oppenhoff[61]), Olshausen[62]), Löning[63]) u. a. Alle diese Rechtslehrer sind der Ansicht, daß notwendige und eigentliche Teilnahme einander nicht ausschließen.

So wird also auf der einen Seite die notwendige Teilnahme in den Rahmen der strafrechtlichen Teilnahme eingeordnet und die strafrechtlichen Teilnahmegrundsätze werden vollinhaltlich auf sie angewandt; auf der anderen Seite jedoch tritt man für eine scharfe Scheidung von der eigentlichen Teilnahme ein und verweist die notwendige Teilnahme in den besonderen Teil des Strafrechts.

Die richtige Ansicht über dieses Problem faßt man wohl am besten in folgende Worte zusammen: Da der concursus necessarius seinem inneren Wesen nach grundverschieden von dem concursus facultativus ist, so kann die notwendige Teilnahme keine Teilnahme im Sinne der §§ 47 ff. RStGB. sein.

III.

Begegnungsdelikte.

1. Begriffliches.

Der Begriff Begegnungsdelikte ist erst durch Freudenthal in die strafrechtliche Literatur eingeführt worden, der sie zugleich auch definiert hat als „die eine Mehrheit aktiv beteiligter Personen begriffsmäßig voraussetzenden Delikte, bei welchen eine Begegnung der verschiedenen Willensbetätigungen, sei es in einem Vertragsabschlusse, sei es in anderer Form, stattgefunden haben muß, wenn ihr Tatbestand erfüllt sein soll." Es gehören also hierher z. B.: Bigamie, Zweikampf, Bestechung, Ehebruch, Inzest, widernatürliche Unzucht mit Personen gleichen Geschlechts.

Schütze[64]) hat diese Gruppe der notwendigen Teilnahmehandlungen als die „des gegenseitigen Zusammenwirkens" bezeichnet; denn „es findet gewissermaßen ein sich Entgegenarbeiten im Akte und dadurch vermitteltes Zusammenwirken zum gemeinsamen Verbrechen statt."

Die verbrecherische Tätigkeit der begriffsmäßig zusammenwirkenden Personen ist entweder eine im wesentlichen gleichartige (Zwei-

[61]) Oppenhoff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 13. Aufl., 1896, Nr. 2, zu Abschnitt III.

[62]) Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Berlin 1927.

[63]) Löning, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885.

[64]) Schütze, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 318.

kampf oder Beischlaf) oder eine ungleichartige (Bestechung). In allen Fällen aber begegnen sich die gleich- bzw. verschiedenartigen Tätigkeiten in dem von ihnen geschaffenen Tatakt.

Schütze[65]) weist ferner darauf hin, daß „die persönliche Stellung der Mitschuldigen zum juristischen Objekt des Verbrechens bald eine wesentlich verschiedene, bald eine wesentlich gleiche" sein kann. Wesentlich gleich ist die persönliche Stellung der Mitschuldigen beim Ehebruch unter zwei Ehegatten[66]) und beim Zweikampf[67]), wesentlich verschieden dagegen bei der Bestechung, bei dem einfachen Ehebruch und der einfachen Bigamie[68]), ferner bei dem Inzest zwischen Aszendenten und Deszendenten.

2. Deliktsmehrheit oder Deliktseinheit?

In diesem Zusammenhang interessiert uns zunächst die Frage, ob bei den angeführten Begegnungsdelikten mehrfache Alleintäterschaft oder einfache Mittäterschaft, also Deliktsmehrheit oder Deliktseinheit vorliegt; d. h. mit anderen Worten: sind z. B. zwei Personen, die mit Vorsatz einen Zweikampf ausgeführt haben, Mittäter eines Deliktes aus § 205 RStGB. oder wird jeder einzelne von ihnen wegen eines selbständigen Vergehens gegen dieses Strafgesetz zur Verantwortung gezogen?

Wie steht es ferner in den übrigen Fällen notwendiger Teilnahme? In Betracht kommen die drei Teilnahmeformen: Anstiftung, Beihilfe und Mittäterschaft.

Die Anstiftung scheidet dabei von vornherein aus, da die Vollendung des Deliktes durch die Anstiftungstätigkeit niemals herbeigeführt werden kann. Mit der Beihilfe verhält es sich ähnlich: Man kann nicht den einen als Gehilfen des anderen betrachten, da ja beide Ausführungshandlungen vornehmen. Nun zur dritten Teilnahmeform: Die Mittäterschaft.

Bei Behandlung des § 218 Abs. 1 StGB. hat das Reichsgericht die Behauptung aufgestellt, daß man hier von Mittäterschaft des

---

[65]) Schütze, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 323.

[66]) Es werden hier mehrere Eheverhältnisse durch ein Verbrechen verletzt (Doppelehebruch).

[67]) Wesentlich gleich ist unter Umständen auch die persönliche Stellung der Mitschuldigen bei dem Inzest (nämlich unter Geschwistern).

[68]) In diesen Fällen wirkt nämlich eine verehelichte Person mit einer unverehelichten zusammen.

Dritten nicht sprechen könne. Es heißt in einer Entscheidung[69] wie folgt: „Er kann ihre (der Schwangeren) Tat unmöglich als seine eigene wollen, weil die Selbstbegehung bei ihm durch die Unmöglichkeit der Erfüllung eines wesentlichen Begriffsmerkmals des Deliktes (nämlich der Schwangerschaft) ausgeschlossen ist"; d. h. mit anderen Worten: Mittäter kann nur derjenige sein, welcher den Vorsatz des Alleintäters hat und die Tatbestandshandlung in ihrem ganzen Umfang als eigene will. Damit wird aber zugleich die Fähigkeit zur Mittäterschaft jedem abgesprochen, der nicht auch Alleintäter sein könnte. Würde man diesen Standpunkt einnehmen, so wären die Teilnehmer an den Begegnungsdelikten nicht als Mittäter, sondern lediglich als Gehilfen zu betrachten[70]).

Zweifellos ist in dieser Beziehung der Auffassung des Reichsgerichts über das Wesen der Mittäterschaft nicht beizupflichten. Diese Feststellung ist notwendig für die Beurteilung unserer oben gestellten Frage. Da nämlich bei den Begegnungsdelikten nicht der Wille vorhanden ist, die eigene Handlung der der anderen Person unterzuordnen, so können die an solchen Delikten begriffsmäßig und schuldhaft Beteiligten niemals als Gehilfen des anderen betrachtet werden.

Es bleibt uns also nur noch übrig zwischen Mittäterschaft und Täterschaft zu unterscheiden.

Man könnte wie Freudenthal etwa Zweikampf und Doppelehe gegenüberstellen und daraus folgern: Wird durch das Zusammenwirken mehrerer Personen ein einheitlicher Deliktstatbestand erfüllt, wie z. B. beim Zweikampf, so liegt eine strafbare Handlung im Sinne des § 47 StGB. vor und die beiden Duellanten sind als Mittäter anzusehen. Nicht eine, sondern mehrere strafbare Handlungen wären dagegen in den Fällen gegeben, in denen die Handlungen jedes einzelnen Teilnehmers vom Gesetz formell zum selbständigen Tatbestand erhoben wird, wie z. B. bei der Doppelehe. Da

[69]) Reichsgerichtsentscheidung des II. Strafsenats vom 26. Februar 1897.

[70]) Denn wenn z. B., so folgert Freudenthal in seiner Abhandlung über notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 26, „der am Duell mit B. beteiligte A. Mittäter sein sollte, so müßte er auch die Willensbetätigung des B. als seine eigene ansehen. Das kann er aber nicht, weil er mit sich selbst so wenig einen Zweikampf ausfechten, wie eine Doppelehe abschließen kann. Es liegt vielmehr, da niemand sich selbst begegnen kann, im Wesen der Begegnungsdelikte, daß für jeden der Beteiligten die absolute Unmöglichkeit besteht, die zum Tatbestand gehörige Haupttätigkeit ganz zu begehen, die Rollen der beteiligten Personen allein zu übernehmen."

hier also der § 47 StGB. nicht zur Anwendung gelangen könnte, hätte sich jeder notwendige Teilnehmer als Alleintäter eines Deliktes zu verantworten.

Freudenthal[71]) bringt für diese Auffassung als Beispiel den Wahlstimmhandel: „Käufer und Verkäufer einer Wahlstimme wären Mittäter eines Deliktes, wenn § 109 etwa so gefaßt wäre: „der Handel mit Wahlstimmen wird an den Beteiligten mit . . . . . bestraft." Hingegen hätte man sie als Alleintäter eines Deliktes anzusehen, wenn er etwa dahin lautete:

Abs. 1: „Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft, wird mit . . . . bestraft."

Abs. 2: „Ebenso wird bestraft, wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme verkauft."

Mit Recht weist Freudenthal[72]) darauf hin, daß man „mit dieser formalistischen Unterscheidung, deren Kriterium in der willkürlichen redaktionellen Fassung der Delikte liegt, also auf äußerlichen Gründen lediglich gesetzgebungstechnischer Art beruhen würde, dem Wesen der Mittäterschaft nicht gerecht werden könnte."

Nicht die formelle Fassung des jeweiligen Tatbestandes, sondern seinen materiellen Inhalt gilt es in den Vordergrund zu stellen. Es ist also zu entscheiden, ob bei den Begegnungsdelikten sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand der Mittäterschaft erfüllt ist oder nicht. Zum objektiven Tatbestand gehören 1. die Herbeiführung ein und desselben Erfolges und 2. die Gemeinschaftlichkeit der Ausführung.

Auf den ersten Blick scheint der Erfolgsbegriff nicht auf alle Begegnungsdelikte anwendbar zu sein, man denke z. B. an den Wahlstimmhandel (§ 109 StGB.); denn die einzelnen Beteiligten wollen hier verschiedene Erfolge herbeiführen: der Käufer sieht den Erfolg in dem Versprechen des Verkäufers, z. B. den Kandidaten X. zu wählen, der Erfolg des Verkäufers dagegen besteht in der Erlangung eines Vermögensvorteils.

In diesem Sinne sprechen sich auch einige Schriftsteller aus. So Frank[73]), wenn er sagt: „Deshalb fordert die notwendige Teilnahme nicht unbedingt eine Teilnahme im technischen Sinne; Teilnahme im Sinne des Gesetzes ist nur ein solches Verhalten, durch das

[71]) Freudenthal, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 28.

[72]) Freudenthal, a. a. O. S. 28.

[73]) Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl., Tübingen 1926, S. 68.

eine Bedingung für den Erfolg gesetzt wird." Auch Olshausen[74]) hebt besonders hervor, daß zwar bei der notwendigen Teilnahme ein Zusammenwirken mehrerer Personen stattfindet, „nicht aber zur Verursachung eines gemeinschaftlichen Erfolges."

Es ergibt sich nun die Frage, ob man aus dem Fehlen der Erfolgseinheit nicht die Folgerung ziehen muß, daß in allen diesen Fällen Mittäterschaft der schuldhaft Beteiligten nicht in Betracht kommen kann. Diese Folgerung wird man nicht ablehnen können, wenn man wie Freudenthal[75]) das Entscheidende darin erblickt, „daß durch die zwei verschiedene Einzelerfolge verursachenden Willensbetätigungen der Mittäter ein vom Gesetz zum Tatbestandsmerkmal erhobener Gesamterfolg herbeigeführt wird." So ist z. B. in bezug auf den Wahlstimmhandel der Kaufvertrag über die Wahlstimme der einheitliche Gesamterfolg, der sich aus den Einzelerfolgen des Stimmkäufers und Stimmverkäufers ergibt[76]).

Es ist ferner zu untersuchen, ob auch das zweite wesentliche Merkmal, welches zum objektiven Tatbestande der Mittäterschaft gehört, nämlich die Gemeinschaftlichkeit der Ausführung, bei den Begegnungsdelikten gegeben ist. Faßt man den Begriff der „gemeinschaftlichen Ausführung" in der Weise auf, daß die auf einen bestimmten Erfolg gerichteten Willensbetätigungen gemeinschaftlich vollzogen werden müssen, so könnte allerdings bei den Begegnungsdelikten nicht von gemeinschaftlicher Ausführung gesprochen werden[77]).

Unter diesem Begriff hat man jedoch im objektiven Sinne lediglich zu verstehen, daß die Mittäter Willensbetätigungen vornehmen, die zur Erfüllung des Tatbestandes notwendig sind. Zum Beweise sei ein von Merkel[78]) gegebenes Beispiel angeführt. In seinem Lehrbuch des Strafrechts heißt es: „So kann bei einem Raube die zu diesem Delikt gehörige Freiheitsbeeinträchtigung durch einen, die

---

[74]) Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Berlin 1927, S. 198.

[75]) Freudenthal, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 32.

[76]) Ebenso bei der Bigamie; hier ist der Abschluß einer Ehe der gesetzliche Gesamterfolg.

[77]) Denn es handeln z. B. im Falle des § 109 StGB. der Stimmverkäufer und der Stimmkäufer vollkommen für sich allein und erst durch den Vertragsabschluß entsteht eine Gemeinschaft ihrer Tätigkeit.

[78]) Merkel, Lehrbuch des Strafrechts, S. 142.

zu dem Delikt gehörige Entwendung durch einen anderen Mittäter begangen sein“ [79]).

Damit ist aber zugleich auch der Beweis angetreten, daß A. und B. als Käufer und Verkäufer einer Wahlstimme sehr wohl Mittäter sein können.

Nachdem nun nachgewiesen ist, daß der objektive Tatbestand der Mittäterschaft bei den Begegnungsdelikten erfüllt werden kann, gilt es jetzt zu untersuchen, ob auch die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes in diesen Fällen möglich ist. Mit anderen Worten heißt das: Es ist gefragt, ob bei den Begegnungsdelikten der Mittäterschaftsvorsatz gegeben ist. In diesen Vorsatz ist inbegriffen die Summe der Willensbetätigungen der Mittäter, verbunden mit der Erfolgsvoraussicht und der kausalen Beziehung der einzelnen Willensbetätigungen zu dem Gesamterfolg. Daß diese einzelnen Merkmale bei den Begegnungsdelikten vorhanden sind, ist unschwer nachzuweisen: Käufer und Verkäufer einer Wahlstimme wollen und billigen den Abschluß eines Vertrags, welcher zugleich den vom Gesetz geforderten Erfolg darstellt. Bei der Bigamie, um ein anderes Beispiel zu bringen, wird der Eheschluß von beiden Teilen als der zum Tatbestand der Doppelehe gehörige Erfolg gebilligt. Diese wenigen Beispiele mögen genügen, um den Beweis zu führen, daß bei den Begegnungsdelikten jeder der Teilnehmer den Mittäterschaftsvorsatz besitzt.

Eine Gruppe von Schriftstellern will zwar den Begriff des Vorsatzes in der Weise erweitert wissen, daß er auch den Zweck in sich schließt und zwar soll der Zweck des einen Teilnehmers identisch sein mit dem des anderen.

Vertreter dieser Ansicht sind u. a. Zachariae, Langenbeck und Meyer. Der letztere nimmt Mittäterschaft nur dann an, „wenn jemand in schuldhafter Weise seine eigene Tätigkeit mit derjenigen eines anderen zu einem strafbaren Zweck verbindet“ [80]).

Es ist nur eine notwendige Folgerung aus dieser von den oben genannten Schriftstellern geteilten Meinung, daß bei den Begegnungsdelikten keine Mittäterschaft vorliegen könne. Es bedarf allerdings kaum einer weiteren Erläuterung, daß diese Einbeziehung des Zweckes in den Tatbestand der Mittäterschaft unrichtig ist. Die Mittäter-

[79]) In ähnlichem Sinne äußern sich v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 222; Beling, Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1928, S. 41; G. Schmidt, Die Mittäterschaft, 1882, S. 29.

[80]) Meyer, H., Lehrbuch, 1895, S. 233.

schaftsform wird nämlich auf keinen Fall dadurch ausgeschlossen, daß der Zweck der einzelnen Teilnehmer ein verschiedener ist. Maßgebend ist vielmehr allein die Tatsache, daß ein bestimmter Erfolg angestrebt wird.

Die vorstehende Untersuchung endet also mit dem Ergebnis, daß bei den Begegnungsdelikten Anstiftung, Beihilfe sowie Täterschaft ausgeschlossen ist und lediglich Mittäterschaft in Frage kommen kann.

3. Begegnungsdelikte, bei denen nur **einer** der notwendig Beteiligten vorsätzlich handelt.

Bei den bisherigen Untersuchungen war die schuldhafte Mitwirkung mehrerer bzw. aller notwendig Beteiligten stets vorausgesetzt. Wie aber ist der Fall zu beurteilen, wenn wir annehmen, daß nur eine Person vorsätzlich handelt, während die andere Partei wegen mangelnden Vorsatzes schuldunfähig ist?

A. duelliert sich, um nur einige Beispiele herauszugreifen, mit B., der von X. zum Zweikampf gezwungen wurde; oder: der verheiratete A. geht eine zweite Ehe ein mit der unzurechnungsfähigen B., ohne deren Unzurechnungsfähigkeit zu kennen.

Hätten wir uns bei den Begegnungsdelikten für die Alleintäterschaft entschieden, so müßte die Frage wie folgt beantwortet werden: Der schuldhaft Beteiligte A. ist stets zu verurteilen, da ja die zum Tatbestand gehörige einzige Willensbetätigung (z. B. bei der Doppelehe Kundgabe des Eheschließungswillens von seiten eines bereits Verheirateten) von ihm in schuldhafter Weise erfüllt wurde und zugleich auch der Erfolg, der ja ebenfalls in den Tatbestand einbegriffen sein muß, eingetreten ist.

Da wir jedoch die Teilnehmer an Begegnungsdelikten nicht als Alleintäter, sondern als Mittäter betrachten müssen, so könnte die Schuldfrage noch zweifelhaft sein.

Zunächst sei auf die Stellungnahme des Reichsgerichts hingewiesen.

In dem zur Verhandlung stehenden Fall hatte der Angeklagte an einem schlafenden Manne beischlafsähnliche Handlungen vorgenommen. Das Reichsgericht [81]) hat ihn verurteilt und ist dabei von der Erwägung ausgegangen, daß trotz Schuldunfähigkeit bzw. Straflosigkeit eines der Beteiligten bei einem Mehrheitsdelikt wie die So-

[81]) Reichsgerichtsentscheidung des II. Strafsenats vom 21. 3. 1881, R. 3, 151.

domie zwischen Männern, der Tatbestand des Verbrechens erfüllt sei. In der Begründung dieser Entscheidung heißt es: „Dies zeigt ganz klar der § 173 StGB., welcher die Blutschande gegen den Aszendenten mit Zuchthaus bedroht, obwohl die zweite zum Beischlaf erforderliche Person dann straflos bleibt, wenn sie zu den Verwandten absteigender Linie gehört und das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat." In dem oben erwähnten Falle des § 175 StGB. mußte der Angeklagte verurteilt werden, da von ihm zu dem eingetretenen Erfolg, nämlich der Unzuchtsverübung, eine Bedingung schuldhaft gesetzt war.

Ebenso verhält es sich bei dem Zweikampf, dem Ehebruch, der Doppelehe usw.: In allen diesen Fällen ist der allein schuldhaft Beteiligte als Alleintäter zu bestrafen.

Wir nehmen folgendes Beispiel an: Der verheiratete A. hat mit der Geisteskranken B., deren krankhafter Zustand ihm unbekannt war, eine Ehe geschlossen. Dadurch, daß A. seine standesamtliche Erklärung abgegeben hat, wurde von ihm eine Bedingung zu dem Erfolg (das ist hier die Eheschließung) gesetzt, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Da A. ferner sich der Kausalität seines Tuns bewußt war und jene sogar gewollt hat, muß er natürlich wie jeder, der an einem Begegnungsdelikt allein schuldhaft teilnimmt, auch als Alleintäter verurteilt werden. In den bisherigen Fällen handelte es sich immer nur darum, daß bei einem Teile die Schuldfähigkeit fehlte; entweder wegen Unzurechnungsfähigkeit des Täters (§ 51) oder wegen Unzurechenbarkeit der Tat.

An der oben geschilderten Rechtslage wird jedoch auch dann nichts geändert, wenn etwa die Rechtswidrigkeit bei dem einen Mittäter der notwendigen Teilnahmehandlung in Wegfall kommt.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß bei den Begegnungsdelikten Verbrechermehrheit nicht unbedingt erforderlich ist; mit anderen Worten: es genügt, wenn sich eine Person schuldhaft und rechtswidrig beteiligt. Dadurch, daß nicht bei allen notwendig Beteiligten Schuldhaftigkeit und Rechtswidrigkeit (oder eines der beiden) vorhanden ist, wird die Strafbarkeit des anderen Mittäters niemals ausgeschlossen.

4. Einzelne Fälle von Begegnungsdelikten.

a) Der Zweikampf.

Der Zweikampf wird in dem 15. Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuches in den §§ 201—210 behandelt.

Eine gesetzliche Definition dieses Deliktes fehlt und deshalb gehen die Meinungen über die Begriffsbestimmung verschiedentlich auseinander.

Hälschner[82]) vertritt die Ansicht, das Gesetzbuch setze den Tatbestand des Zweikampfs als durch die Erfahrung (Sitte) gegeben voraus[83]). Es führt jedoch zweifellos zu Unklarheiten, wenn man von hier aus den Zweikampfdeliktsbegriff bestimmen will; vielmehr würde es sich empfehlen, den fraglichen Begriff exegetisch aus den §§ 201—210 abzuleiten.

1. Aus den §§ 202 und 206 ergibt sich zunächst, daß der Kampf zwischen zwei Personen geführt werden muß[84]).

2. Ferner folgt aus § 207 per argumentum a contrario, daß ein geordneter Kampf vorliegen muß, der nach bestimmten Regeln geführt wird; es ist nämlich in diesem Paragraphen davon die Rede, daß durch den Zweikampf vereinbarte oder hergebrachte Regeln übertreten werden können.

3. In den §§ 201, 204, 209 werden Aufforderung und Annahme des Zweikampfes vorausgesetzt (also ein paktum de pugnando); auch ist die gegenseitige Einwilligung der Kämpfenden notwendig, wenn ein Zweikampf im Sinne des Gesetzes vorliegen soll.

4. Das Gesetz bedroht jedoch nicht jeden Zweikampf mit Strafe, sondern nur den „mit tötlichen Waffen".

Unter Berücksichtigung dieser eben angeführten wesentlichen Merkmale kommen wir also zu folgender Definition des Zweikampfbegriffes. Zweikampf ist ein Kampf zwischen zwei Personen, der nach bestimmten Regeln und unter gegenseitiger Einwilligung mit tötlichen Waffen geführt wird.

Nunmehr gilt es die allgemeinen Merkmale des concursus necessarius und die besonderen der Begegnungsdelikte an dem Beispiel des Zweikampfes zu erläutern.

[82]) Das gemeine deutsche Strafrecht, II, 2. Abt., S. 940.

[83]) Ähnlich v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., S. 321.

[84]) Ein Kampf also, welcher zwischen zwei aus mehreren Gliedern bestehenden Parteien geführt wird, ist kein Zweikampf, sondern fällt unter die allgemeinen Vorschriften über den Raufhandel.

Allen Handlungen, die unter den Begriff der notwendigen Teilnahme fallen, ist zunächst die Einheit des Deliktes gemeinsam.

Einige Rechtslehrer[85]) haben allerdings bestritten, daß bei dem Zweikampf nur ein Verbrechen begangen wird. Man sah in dem concursus plurium ad delictum eine Pseudoteilnahme und suchte ihn in allem von der eigentlichen Verbrecherkonkurrenz zu trennen. Eine Begründung dieser Theorie hat Heffter[86]) zu geben versucht, indem er behauptet: „Daß jeder notwendige Teilnehmer eben durch die rechtswidrige Form seines Handelns das Verbrechen ganz und für sich begehe und man hier nicht noch außerdem von einer Teilnahme am Verbrechen des andern reden könne."

Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizupflichten, weil eine solche Trennung des Deliktes in zwei Sondervergehen rechtlich und logisch unzulässig ist. Wenn jeder einzelne die verbrecherische Handlung „ganz und für sich" allein begangen hätte, dann müßte man ja bei einem Zweikampf zwei Kämpfe unterscheiden. Da nun gerade das Wesen der notwendigen Teilnahme in dem gleichzeitigen Handeln der beiden Duellanten besteht und erst durch ihre sich gegenseitig ergänzenden Einzeltätigkeiten das Verbrechen zustande kommt, so kann man unmöglich von zwei verschiedenen Delikten sprechen. Es ist vielmehr eine rechtliche und logische Folgerung, daß die Einheit des Verbrechens untrennbar ist, wenn auch der Tatakt nur durch das Zusammenwirken mehrerer Personen hergestellt werden kann. Daß aber gerade dieser Tatakt eine unteilbare Einheit darstellt, wird nicht geleugnet werden können, woraus sich ferner ergibt, daß der Tat- und Schuldanteil jedes einzelnen niemals isoliert sein kann[87]).

Nun zu dem Sondermerkmal der Begegnungsdelikte: Die Gegenseitigkeit des Zusammenwirkens.

Bei einem Zweikampf begegnen sich die Willensrichtungen und Tätigkeiten der beiden Duellanten im Tatakt; der Zweikampf wird dadurch vollzogen, daß die Ausführungshandlungen zweier Personen zusammenstoßen. Die verbrecherische Tätigkeit ist in diesem Fall im wesentlichen eine gleichartige im Gegensatz zur Bestechung. (Geben und Nehmen.) Ebenso ist beim Zweikampf die persönliche Stellung der schuldigen Subjekte zum juristischen Objekt des De-

[85]) Vor allem Stübel und Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalrechts.

[86]) Heffter, Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalrechts, S. 94.

[87]) Ein kennzeichnendes Merkmal für jeden concursus necessarius.

liktes eine wesentlich gleiche; wiederum im Gegensatz zur Bestechung (hier wirken Beamter und Nichtbeamter zusammen).

Wir gelangen somit zu dem Resultat, daß die für die notwendigen Teilnahmehandlungen in Frage kommenden Theorien auf das Zweikampfdelikt vollinhaltlich anwendbar sind und zwar sowohl hinsichtlich der dem concursus necessarius gemeinsamen als auch hinsichtlich der besonderen Merkmale der Begegnungsdelikte.

b) Die Doppelehe.

Das Verbrechen der Doppelehe besteht gemäß § 171 StGB. in dem Eingehen einer neuen Ehe, während ein Teil noch in einer formell gültigen Ehe lebt. Wesentliche Merkmale sind Vorsatz und Rechtswidrigkeit beim Abschluß der zweiten ungültigen Ehe. Materielle Gültigkeit ist dabei weder für die erste noch für die zweite Ehe vorausgesetzt [88]). In bezug auf die erste Ehe geht dies einwandfrei aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, denn es heißt in Absatz 1: „. . . . bevor seine Ehe aufgelöst, für ungültig oder nichtig erklärt worden ist." Daß mindestens e i n e formell gültige Ehe vorliegen muß, ergibt sich aus den Worten in Absatz 3: „. . . . an welchem eine der beiden Ehen aufgelöst, für ungültig oder nichtig erklärt worden ist."

Da das Verbrechen der Doppelehe mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Eheschließungsakt vollendet ist, so kann man in bezug auf die zweite Ehe annehmen, daß formelle Gültigkeit genügt.

In dem Reichsstrafgesetzbuch wird die Doppelehe aufgeführt in Abschnitt 13 unter dem Titel: Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit. Diese Stellung ist deshalb nicht berechtigt, weil nach dem heutigen Recht der Mißbrauch der Eheschließungsform mit Strafe bedroht wird, nicht wie nach dem gemeinen Recht die durch die Bigamie verletzte eheliche Treue, „die Unzucht". Diese alte Anordnung hat man wohl nur deshalb bestehen lassen, um alle Delikte, die sich auf das Geschlechtsleben beziehen, in einem Abschnitt zusammenzufassen.

Daß der Gesetzgeber bei der Abfassung des § 171 vor allem den Mißbrauch der Eheschließungsform bestrafen wollte, ist besonders

[88]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1927, S. 569; Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., S. 412; Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1927, S. 760.

von Hälschner[89]) betont worden; es heißt bei ihm: „Nach derjenigen Auffassung der Doppelehe, von welcher das Gesetz ausgeht, erscheint als das wesentliche derselben der rechtswidrige Mißbrauch, welcher mit der Form der Eingehung der Ehe betrieben wird"; . . . „gerade dadurch, daß das Gesetz auch die nichtige Ehe berücksichtigt, gibt es zu erkennen, daß es lediglich und allein den mit der rechtlichen Form der Eheschließung getriebenen Mißbrauch für strafbar betrachtet."

Von Liszt[90]) ist der Auffassung, daß formell ein Eheband existiere, auch im Falle der Nichtigkeit der ersten Ehe, und definiert die Bigamie als eine Verletzung des Ehebandes durch Mißbrauch der Eheschließungsformel.

Da der Nachdruck auf den Mißbrauch der vom Staate geregelten Eheschließungsformel gelegt ist, so kann damit zugleich auch am besten der Unterschied der Doppelehe vom Ehebruch erkannt werden: während der Ehebruch stets gegen eine konkrete Ehe gerichtet ist und einen Treubruch, nämlich die Vollziehung des Beischlafes, erfordert, kommen diese Voraussetzungen bei der Bigamie in Wegfall; diejenige Person, welche eine zweite Ehe bei Fortdauer der ersten gültigen Ehe eingeht, greift die im öffentlichen Interesse des Staates geregelte Eheordnung an; durch einen Ehebruch dagegen wird lediglich das private Interesse des anderen Ehepartners verletzt[91]).

Nachdem wir nun den Begriff der Doppelehe nach seinen verschiedenen Seiten hin dargelegt haben, ist zu untersuchen, ob auf ihn auch die einzelnen Merkmale des concursus necessarius Anwendung finden können.

Wie den Zweikampf, so hat man auch die Doppelehe in mehrere Delikte zergliedern wollen und damit wäre folgerichtig das allen notwendigen Teilnahmehandlungen gemeinsame Merkmal, nämlich die Einheit des Deliktes, als nicht vorhanden anzusehen.

---

[89]) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 2 von 1887, S. 477 ff.

[90]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1927, S. 569/570; ebenso Allfeld, 412; Gerland, 389 (Deutsches Reichs-Strafrecht, 1922); Frank, § 171, I; Schwarzt, § 171, Note 2 (Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, mit Kommentar, 1914); anderer Ansicht ist Wachenfeld (S. 453), der eine materiell gültige Ehe voraussetzt.

[91]) Aus diesem Grunde tritt bei der Doppelehe die Verfolgung von Amtswegen ein, beim Ehebruch nur auf Antrag.

Rechtslehrer wie Stübel, Martin, Heffter[92]) vertreten die Ansicht, daß jeder notwendige Teilnehmer an einer Doppelehe das Verbrechen ganz und für sich begehe; d. h. mit anderen Worten: für die Strafbarkeit ist unmittelbar und ausschließlich die eigene Handlung maßgebend.

Es ist jedoch unmöglich, das Delikt der Doppelehe in zwei Sondervergehen zu zerlegen, da eine solche Zerspaltung ebenso wie beim Zweikampf sowohl logisch als auch rechtlich unzulässig ist. Aus der Natur der Doppelehe geht zweifellos die untrennbare Einheit des Verbrechens hervor. Die Tatsache, daß der Tatakt selbst nur durch das Zusammenwirken zweier Subjekte hergestellt werden kann, vermag daran nichts zu ändern.

Daß auch das Merkmal, welches die Begegnungsdelikte kennzeichnet, nämlich die Gegenseitigkeit des Zusammenwirkens bei der Doppelehe vorhanden ist, kann einwandfrei nachgewiesen werden. Es genügt der kurze Hinweis, daß die einzelnen Willensrichtungen und Tätigkeiten der beiden Eheschließenden sich im Tatakt begegnen, welcher dadurch vollzogen wird, daß ihre Ausführungshandlungen zusammenstoßen.

Wie beim Zweikampf ist auch hier die verbrecherische Tätigkeit der begriffsmäßig Zusammenwirkenden im wesentlichen eine gleichartige.

Damit ist nun der Beweis erbracht, daß die die Begegnungsdelikte kennzeichnenden wichtigsten Merkmale auch auf die Bigamie angewandt werden können.

c) Der Ehebruch.

In der Gesetzgebung und Literatur hat der Ehebruch von jeher eine eingehende Behandlung erfahren. Fraglich erscheint es zunächst, ob der Ehebruch ein Sittlichkeitsdelikt oder ein Vergehen gegen die Familienordnung[93]) darstellt. Bei der Beurteilung dieser Frage kommt es auf den Standpunkt an, den man einnimmt: wer eine höhere Auffassung vertritt und nicht nur das rein Geschlechtliche in Betracht zieht, wird hierin ein Vergehen gegen die Familienordnung sehen, wer dagegen die Ehe lediglich als „die beste Ordnung der geschlechtlichen Sittlichkeit" auffaßt, kann in diesem Falle nur von

[92]) Heffter, Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalrechts, 1854, S. 356.

[93]) Schweden, Rußland und Finnland bezeichnen es als ein Delikt gegen die Familienordnung.

einem Sittlichkeitsdelikt sprechen. (Mittermaier, Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, S. 92.)

Die einzelnen Gesetzgebungen sehen von einer Erörterung dieser Frage ab und betrachten dieses Delikt als einen Angriff auf die Ehe. Vorausgesetzt ist stets das Bestehen einer gültigen Ehe. Eine nichtige Ehe kann, da diese ja nur formell, nicht materiell besteht, niemals durch einen Ehebruch verletzt werden [94]).

Eine gesetzliche Definition des Ehebruches findet sich selten [95]), und an seine Stelle tritt der historisch gewordene Tatbestand. Man hat Praxis und Wissenschaft die Begriffsbestimmung dieses Deliktes überlassen. Die am häufigsten angeführte Definition lautet wie folgt: „Ehebruch ist der Beischlaf zwischen zwei Personen, von denen wenigstens die eine mit einer dritten verheiratet ist. Vollendet wird der Ehebruch mit der Vereinigung der Geschlechtsteile." (Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 373.)

In der Rechtsprechung hat diese Ansicht allgemeine Anerkennung gefunden, vor allem auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts [96]).

Als Täter sind nach dem Wortlaut des Gesetzes anzusehen „der schuldige Ehegatte" und dessen „Mitschuldiger". Der Tatbestand des Ehebruchs setzt stets den Beischlaf voraus; andere unzüchtige Handlungen bleiben straffrei, auch wenn sie noch so erheblich sind. Diese Beschränkung des Tatbestandes ist an sich zweifellos unlogisch; doch sie ist notwendig, um ungerechte Verdächtigungen unmöglich zu machen.

Da der Tatbestand des Ehebruchs ferner Schuldhaftigkeit und Zurechnungsfähigkeit des Ehegatten erfordert, so liegt Ehebruch auf Seiten der Ehefrau nicht vor, wenn die Herbeiführung des außerehelichen Beischlafs durch Nötigung (§ 177 StGB.) oder Hineinversetzen in einen willenlosen oder bewußtlosen Zustand (§ 174 StGB.) oder durch Erregung eines Irrtums (z. B. Vorspiegelung einer Trauung) erreicht wird. Wenn dagegen der Ehemann eine Frauens-

[94]) Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Berlin 1927, S. 766: „Es ist deshalb anzunehmen, daß eine nichtige Ehe durch einen Ehebruch nicht verletzt werden kann." So Berner, 453; Köhler, 230; Allfeld, 412; Gerland, 388; v. Liszt, 407.

[95]) Gänzlich fehlt diese in Deutschland, Rußland, Oesterreich, Frankreich, Italien und Dänemark.

[96]) RGE. in Strafsachen, Bd. 7, S. 229; Bd. 14, S. 202 ff., 353 ff.; Bd. 20, S. 226; Bd. 21, S. 21.

person notzüchtigt oder sie zum Zweck des außerehelichen Beischlafs in einen unzurechnungsfähigen Zustand versetzt, so erfüllt er damit den Tatbestand des Ehebruchs.

Aus der Tatsache, daß in diesen eben angeführten Fällen ein Ehebruch durch das bloße Vorhandensein zweier Personen zustandekommen kann, ohne daß beide Teile rechtswidrig und schuldhaft handeln, hat man verschiedentlich [97]) gefolgert, daß hier von notwendiger Teilnahme nicht gesprochen werden dürfe. Wenn man auch zugeben muß, daß der Ehebruch, wie wir ja eben gesehen haben, nicht unbedingt das bewußte und gewollte Zusammenwirken zweier Personen voraussetzt, so darf man dabei doch nicht übersehen, daß es sich hier um Ausnahmefälle handelt und daß im allgemeinen das Gesetz rechtswidriges Verhalten beider Teile annimmt. Aus diesem Grunde läßt sich der Ehebruch sehr wohl in die Fälle notwendiger Teilnahme einreihen.

Dies ist um so mehr gerechtfertigt, da sowohl das allgemeine Merkmal des concursus necessarius, nämlich die Einheit des Deliktes, als auch das besondere der Begegnungsdelikte, nämlich die Gegenseitigkeit des Zusammenwirkens, bei dem Ehebruchsdelikt vorhanden sind. Zwar ist auch hier behauptet worden [98]), jeder notwendige Teilnehmer begehe das Verbrechen „ganz und für sich" und man könne nicht außerdem eine Teilnahme am Verbrechen des anderen annehmen. Daß eine solche Isolierung jedoch völlig unlogisch ist, möge folgendes Beispiel zeigen: Der unverheiratete A. hat mit der B., der Ehefrau des X., den Beischlaf vollzogen und dadurch die Rechtsordnung verletzt. Angenommen nun, daß A. selbst verheiratet ist, so verletzt er in gleicher Weise auch die eigene Ehe mit der Z. Derselbe Fall liegt mutatis mutandis auf Seiten der Ehefrau B. vor. Weder für den A. noch für die B. kommt der Umstand in Frage, daß auch der andere notwendige Teilnehmer ein eigenes Verbrechen begeht. Wir gelangten also zu der eigenartigen Folgerung, daß die gegenseitige geistige Einwirkung nicht in Betracht zu ziehen sei.

So ergibt sich also auch in diesem Fall, wie bereits in den oben angeführten Beispielen des Zweikampfes und der Doppelehe, daß die Einheit des Deliktes gewahrt ist. Das Wesen der notwendigen Teilnahme besteht hier ja gerade darin, daß die Einzeltätigkeiten

[97]) So Freudenthal, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 46; v. Bar, Gesetz und Schuld, II, S. 735; Olshausen, Lehrbuch, Nr. 3.

[98]) Stübel, Martin, Hefftter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Kriminalrechts, § 545.

der beiden Ehebrecher sich gegenseitig ergänzen und daß ohne eine solche Ergänzung der Tatbestand des Verbrechens nicht erfüllt werden kann.

Auf Grund dieser Ausführungen gelangen wir nun im Gegensatz zu verschiedenen strafrechtlichen Schriftstellern [99]) zu dem Ergebnis, daß der Ehebruch sehr wohl zu den Beispielen des concursus necessarius gezählt werden kann.

5. Prozessuale Bedeutung.

Zur Beurteilung der formellen Seite der Begegnungsdelikte genügen einige kurze Hinweise.

Ein prozessualer Zusammenhang [100]) zwischen den Strafsachen gegen die notwendig Beteiligten würde dann fehlen, wenn ein jeder als Alleintäter in Betracht käme. Es könnte also in diesem Falle der § 3 StPO. [101]) nicht zur Anwendung gelangen.

Daraus, daß die an der notwendigen Teilnahme Beteiligten wie Mittäter angesehen werden, ergibt sich ein Zusammenhang sowohl hinsichtlich der sachlichen [102]) als auch hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit [103]). (Vgl. Freudenthal, a. a. O. S. 39 f.)

Einen weiteren formellen Punkt stellt die Beeidigung dar. Es ist unzulässig, daß in einem Prozesse gegen einen notwendig Beteiligten der andere als Zeuge beeidigt wird, da er ja in bezug auf die Tat, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet, als Mittäter erscheint [104]). Eine Beeidigung kann selbst dann nicht vorgenommen werden, wenn die Strafbarkeit wegen persönlicher Strafausschließungsgründe in Wegfall kommt [105]). Eine Ausnahme tritt vielmehr

---

[99]) So z. B. Freudenthal, Notwendige Teilnahme am Verbrechen.

[100]) Siehe Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1895, S. 95 ff.

[101]) § 3 StPO.: Ein Zusammenhang ist vorhanden, wenn eine Person mehrerer strafbarer Handlungen beschuldigt wird, oder wenn bei einer strafbaren Handlung mehrere Personen als Täter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler beschuldigt werden.

[102]) §§ 1, 2 ff. StPO.

[103]) § 13 StPO.

[104]) Siehe E. 17, 101.

[105]) Siehe Löwe, Strafprozeßordnung, 18. Aufl., S. 205; vgl. auch Binding, Lehrbuch, bes. Teil, 2. Aufl., S. 230; Olshausen, § 173, Note 4c; v. Liszt, Lehrbuch, § 44.

nur dann ein, wenn der Vorsatz des anderen Mittäters fehlt[106]). In diesen Fällen ist natürlich eine Beeidigung statthaft.

Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß bei den Begegnungsdelikten in den einzelnen Fällen das Vorhandensein der Mittäterschaft stets dann besonders zu erwähnen ist, wenn die Strafprozeßordnung die gesetzlichen Tatmerkmale hervorgehoben wissen will: das ist in der Anklageschrift (§ 198 StPO.), dem Eröffnungsbeschlusse (§ 207), den Urteilsgründen (§ 267) und der Schuldfrage (GVG. § 194 Note 3c).

IV.

Die Konvergenzdelikte.

1. Begriffliches.

Neben den Fällen mit „gegenseitigem Zusammenwirken", die wir als Begegnungsdelikte kennen gelernt haben, gibt es auch noch Verbrechen, bei denen „einseitiges Zusammenwirken, d. i. ein Zusammenwirken mehrerer Personen nach einer und derselben Seite hin" begriffsmäßig erfordert wird. Freudenthal[107]) hat für sie die Bezeichnung „Konvergenzdelikte" gewählt und zwar deswegen, weil „die Handlungen der Beteiligten nach einem gemeinsamen äußeren Zielpunkte hinstreben (konvergieren)."

Das, was beide Gruppen gemeinsam haben, läßt sich auf folgende kurze Formel bringen: Von einer begriffsmäßig vorausgesetzten Mehrzahl von Subjekten wird ein unteilbares Verbrechen ausgeführt.

Im folgenden soll nun versucht werden, die einzelnen Unterschiede zwischen diesen beiden Arten von notwendiger Teilnahme festzustellen. Bei den Begegnungsdelikten wurde der Verbrechensbegriff durch eine Begegnung der Einzeltätigkeiten hergestellt, welche von verschiedenen Richtungen ausgingen und in einem Punkte sich vereinten. Vorausgesetzt war hier stets ein tatsächlicher Vorgang: Ein Kampf, ein Beischlaf, ein Eheschließungsakt, eine Verübung von Unzucht; wobei jede Einzeltätigkeit ihre Ergänzung durch die andere erforderte.

Bei den Konvergenzdelikten dagegen kann durch die Tätigkeit einer einzelnen Person eine verbrecherische Tat ins Leben gerufen

[106]) Er kann schuldunfähig (z. B. geisteskrank sein) oder in gutem Glauben (bona fide) gehandelt haben.

[107]) Freudenthal, Notwendige Teilnahme, S. 122.

werden. Wenn nun das Strafgesetz bei diesen Delikten (Aufruhr, Auflauf, Meuterei usw.) begriffsmäßig eine Verbrechermehrheit verlangt, so ist der Grund hierfür nicht ein logischer, sondern ein praktischer. Der Bestand der öffentlichen Ordnung ist nämlich ernstlich erst dann gefährdet, wenn mehrere Personen sich mit vereinten Kräften zusammenrotten.

Daß diese begriffsmäßige Verbrechermehrheit auf praktischer, nicht auf logischer Basis beruht, wird auch noch durch folgende Tatsache bewiesen: Die Einzeltätigkeiten sind neben- und miteinander auf dasselbe Ziel gerichtet und durch ihre Vereinigung wird die Wirksamkeit des Verbrechens verstärkt.

In Anlehnung an Binding[108]) unterscheidet Freudenthal zwei Gruppen von Konvergenzdelikten: Während das Zusammenwirken der notwendig Beteiligten in der ersten Gruppe ein Begriffsmerkmal des Verbrechens darstellt, ist es in der zweiten lediglich ein Strafschärfungsgrund.

In die erste Gruppe sind folgende Verbrechen einzureihen: Der Aufruhr (§ 115), die Meuterei (§ 122), der schwere Hausfriedensbruch (§ 124), der Landfriedensbruch (§ 125), die Schlägerei (§ 227), ferner die Vergehen der §§ 127 Abs. 2, 128, 129. Die zweite Gruppe soll nach Freudenthal diejenigen strafbaren Handlungen umfassen, bei denen, wie bereits erwähnt, das Zusammenwirken mehrerer Personen als Strafschärfungsgrund in Frage kommt; dazu zählt Freudenthal[109]) z. B.: den gemeinschaftlichen Widerstand gegen Forstbeamte (§ 119), den gemeinschaftlichen Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 3), die gemeinschaftliche Körperverletzung (§ 223a) sowie das gemeinschaftliche Jagdvergehen (§ 293). Die Freudenthalsche Aufzählung ist zwar damit noch nicht beendet, doch diese Beispiele mögen genügen.

Daß die Delikte der ersten Gruppe unter den Begriff der notwendigen Teilnahme fallen, kann keinem Zweifel unterliegen. Anders steht es jedoch bei den Delikten der zweiten Gruppe. Hier kann man sich aus Gründen, die noch darzulegen sein werden, der von Freudenthal vertretenen Ansicht unmöglich anschließen, da Fälle von notwendiger Teilnahme überhaupt nicht vorliegen.

Hier ist vielmehr der Ansicht von Herbst[110]) beizupflichten, daß bei dem gemeinschaftlichen Hausfriedensbruch und der gemein-

[108]) Binding, Grundriß, I, S. 132 ff.
[109]) Freudenthal, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 147.
[110]) Goltd. Arch., Bd. 28, S. 122 f.

schaftlichen Körperverletzung „weder Wortlaut, noch Inhalt, Sinn und Zusammenhang der Strafvorschriften zur Konstruktion als begriffsmäßige Mehrheitsvergehen einen zureichenden Anhalt bieten." Auch wenn man die gefährliche Körperverletzung (§ 223a) „als ein von dem Begriff der leichten Körperverletzungen generisch verschiedenes Delikt" betrachtet, so könne doch deswegen kein begriffsmäßiges Mehrheitsvergehen vorliegen, weil dasselbe Delikt „auch ohne Mitwirkung einer Mehrheit von Personen, fernerhin mittelst einer Waffe, mittelst hinterlistigen Überfalls etc. begehbar" sei. „Der Begriff dieser Verbrechensform", das ist das Resultat seiner Ausführungen, „erfordert nicht eine Mehrheit mitwirkender Personen".

In ähnlicher Weise spricht sich auch Schütze über diese Frage aus. So behauptet er, „daß der § 119[111]) nicht ein Mehrheitsdelikt, sondern einen erschwerenden Tatumstand" aufstelle.

Wir gelangen also damit zu dem Resultat, daß die von Freudenthal vertretene Ansicht, die oben erwähnten Verbrechen müßten zur notwendigen Teilnahme gerechnet werden, nicht gebilligt werden kann. Die durch Mitwirkung mehrerer Personen qualifizierten Fälle des Hausfriedensbruches, der Körperverletzung, des Jagdfrevels usw. stellen deswegen keine Mehrheitsvergehen dar, weil der Tatbestand dieser qualifizierten Vergehen auch durch eine Person[112]) erfüllt werden kann.

2. Setzt der Tatbestand der Konvergenzdelikte Mittäterschaft voraus?

Greifen wir zunächst als Beispiel den § 125 StGB. heraus: „Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und mit vereinten Kräften gegen Personen oder Sachen Gewalttätigkeiten begeht, so wird jeder, welcher an dieser Zusammenrottung teilnimmt, wegen Landfriedensbruch . . . . . bestraft."

Vorausgesetzt werden hier also erstens eine Zusammenrottung, zweitens ein Vorgehen mit vereinten Kräften und drittens ein Teilnehmen.

[111]) Dieser Paragraph lautet: „Wenn eine der in den §§ 117 und 118 bezeichneten Handlungen von mehreren gemeinschaftlich begangen worden ist, so kann die Strafe . . . . erhöht werden."

[112]) Vorausgesetzt, daß diese mit Waffen versehen ist oder einen hinterlistigen Überfall ausführt usw.

Hieraus ergibt sich nun die Frage, ob bei diesen einzelnen zum Tatbestand gehörigen Voraussetzungen Mittäterschaft erforderlich ist oder nicht.

Beginnen wir mit der ersten Frage: Ist unter der Zusammenrottung ein Handeln in Mittäterschaft zu verstehen? Bejaht wurde diese Frage von Herbst[113]: „Selbst das für die Gruppe des Aufruhrs, Auflaufs etc. so wesentliche Merkmal der Zusammenrottung bzw. der Zusammenrottung zu einer Menschenmenge, ... das vermeintlich in Beziehung auf die erforderliche Anzahl der mitwirkenden Personen der tatsächlichen Erwägung anheimfällt, in Beziehung auf die erforderliche Mitwirkungsweise dieser Mehrheit von Personen aber in dem Wesen der Mittäterschaft wurzelt, ... fehlt . . . . . usw."

Dieser Auffassung ist deshalb nicht beizustimmen, weil auch Unzurechnungsfähige sich untereinander oder mit Zurechnungsfähigen „zusammenrotten" können. In diesem Sinne äußert sich auch v. Buri[114], der es wohl sehr wohl für möglich hält, daß „ein Zurechnungsfähiger mit einer Anzahl Narren recht gut einen Aufruhr erregen kann." Die oben gestellte Frage ist also im Gegensatz zu Herbst zu verneinen: Denn eines der wesentlichen Tatbestandsmerkmale der Mittäterschaft, die schuldhafte Beteiligung mehrerer Personen, ist bei einer Zusammenrottung nicht erforderlich.

Die zweite Frage, ob die Begehung „mit vereinten Kräften" und die „in Mittäterschaft sich vollziehende Begehung" identisch sind, ist in der strafrechtlichen Literatur bereits bejaht worden und zwar von Frank[115], der sich darüber wie folgt geäußert hat: „Die Strafbarkeit der Teilnehmer an der Zusammenrottung ist dadurch bedingt, daß von Teilnehmern an der Zusammenrottung eine der in den §§ 113, 114 bezeichneten Handlungen mit vereinten Kräften begangen wird. Dabei ist der Gedanke der, daß die Begehung einer dieser Handlungen die Gefährlichkeit der Zusammenrottung beweist. Die Strafbarkeit des einzelnen Teilnehmers hängt nicht davon ab, daß er sich an diesen Handlungen beteiligt habe."

Diese Ansicht jedoch ist sehr anfechtbar, da nicht einzusehen ist, warum nicht auch Unzurechnungsfähige eine Handlung mit „vereinten Kräften" sollten ausführen können. Wenn A. und B., die beide geisteskrank sind, in Gemeinschaft eine Handlung begangen

[113]) Herbst, Goltd. Arch., Bd. 28, S. 112 ff.
[114]) Gerichtssaal, Bd. 22, S. 226 ff.
[115]) Frank, Strafgesetzbuch, 17. Aufl., S. 266.

haben, so können sie nicht als Mittäter angesprochen werden, da Mittäterschaft schuldhaftes Verhalten mehrerer voraussetzt. „Mittäterschaft" ist eben im Gegensatz zu der „Begehung mit vereinten Kräften" der weitaus engere Begriff. Auch Olshausen[116]) verbindet die Schuldfähigkeit der Handelnden (als wesentliches Tatbestandsmerkmal der Mittäterschaft) nicht mit dem Begriff „der Begehung mit vereinten Kräften"; denn ausdrücklich betont er, „daß eine Begehung mit vereinten Kräften nicht notwendig eine Begehung seitens mehrerer strafrechtlich verantwortlicher Personen erfordere."

Wir kommen nun zur letzten Frage, ob derjenige, welcher an einem der oben genannten Delikte „teilnimmt", als Mittäter betrachtet werden muß.

Eine völlig isolierte Stellung in der strafrechtlichen Literatur nimmt in dieser Beziehung Ortmann[117]) ein mit seiner Behauptung, daß eine Mittäterschaft der „Teilnehmenden" niemals gegeben sein könne, da diese ein strafbares Handeln in Gemeinschaft voraussetzt, die Teilnehmenden in unserem Falle aber nur eine strafbare Handlung für sich allein ausführen.

Auf Grund dieser Anschauung würde man zu folgendem Ergebnis gelangen: Die am Aufruhr, schwerem Hausfriedensbruch, Landfriedensbruch usw. Teilnehmenden werden, wenn sie sich außerdem noch als Anstifter oder Gehilfen betätigen, nicht wegen mehrfacher Beteiligung an einem Verbrechen, sondern wegen je einfacher Beteiligung an mehreren Verbrechen zur Rechenschaft gezogen. Hier könnten also die Grundsätze von der Subsidiarität der Verbrechensformen nicht zur Anwendung gelangen. Im Sinne des Gesetzes kann dies aber zweifellos nicht liegen[118]) und eine Widerlegung der von Ortmann vertretenen Anschauung dürfte nicht schwer fallen. Es genügt der kurze Hinweis, daß derjenige, welcher an einer Zusammenrottung der §§ 115, 124, 125 „teilnimmt", sehr wohl Mittäter sein kann. Vorausgesetzt ist dabei lediglich, daß mindestens zwei Personen rechtswidrig und schuldhaft teilgenommen haben.

[116]) Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1927, S. 544.

[117]) Gerichtssaal, Bd. 28, S. 109 f.

[118]) Vgl. Begegnungsdelikte.

3. Einzelne Fälle von Konvergenzdelikten: Aufruhr und Auflauf.

Unter Aufruhr versteht das Reichsstrafgesetzbuch die Beteiligung an einer öffentlichen Zusammenrottung, bei der eine Widersetzlichkeit oder Gewalttätigkeit gegen die Obrigkeit verübt wird.

Dieselben Merkmale, welche den Aufruhr als einen concursus necessarius kennzeichnen, finden wir auch bei dem sog. Auflauf, den man etwa folgendermaßen definieren könnte: Auflauf liegt dann vor, wenn eine an einem öffentlichen Ort versammelte Menschenmenge trotz dreimaliger Aufforderung von seiten eines Vertreters der Obrigkeit oder der bewaffneten Macht sich nicht entfernt.

Das Gemeinsame ist auch hier, wie bei allen Begegnungs- und Konvergenzdelikten, die Einheit des Verbrechens bei begriffsmäßiger Verbrechermehrheit; d. h. mit anderen Worten: der Tatakt kann nur durch das Zusammenwirken mehrerer Subjekte hergestellt werden. Dies geschieht hier allerdings aus ganz anderen Gründen als bei den Begegnungsdelikten. Bei dem Zweikampf z. B. gingen die Einzeltätigkeiten von verschiedenen Richtungen aus und vereinten sich im Tatakt. Eine gegenseitige Ergänzung war in diesem Fall unbedingt notwendig. Anders verhält es sich jedoch bei Delikten wie Aufruhr und Auflauf. Hier wird aus einem rein praktischen Grunde eine begriffsmäßige Verbrechermehrheit gefordert; man muß nämlich in diesen Fällen davon ausgehen, daß ein dauernd wirksamer Widerstand gegen die Staatsgewalt nur dann stattfinden kann, wenn mehrere Subjekte sich zusammenrotten, um die Widerstandsfähigkeit der Obrigkeit zu brechen.

Das Zusammenrotten sowohl beim Aufruhr als auch beim Auflauf realisiert sich in einseitiger Richtung. Die begriffsmäßig erforderliche Mehrheit von Subjekten strebt, indem sie nebeneinander wirkt, dem gemeinsamen verbrecherischen Ziele zu. Hier begegnen sich die Absichten und Tätigkeiten der einzelnen Teilnehmer nicht, wie etwa beim Zweikampf, sondern sie laufen nebeneinander her und treffen sich erst im Deliktsakt. Auch ist die Verbrechermehrheit bei diesen Delikten nicht auf zwei bzw. drei Personen beschränkt, sondern kann unbegrenzt sein. Der Grund hierfür ist in der ganz verschiedenen Natur des Taktes zu suchen.

Ein weiterer Gegensatz zu den Delikten des gegenseitigen Zusammenwirkens beruht darin, daß die verbrecherischen Tätigkeiten der z. B. beim Aufruhr beteiligten Personen sehr häufig verschieden

beurteilt werden müssen. Es können sich hier nämlich Gehilfen bzw. Anstifter neben Tätern an demselben Tatakt beteiligen, sodaß oft der beteiligte Nichttäter vom Täter schwer zu unterscheiden ist. Diese Gegensätze sind durch die begriffliche Verschiedenheit der Begegnungs- und Konvergenzdelikte bedingt.

Duellanten, Konkumbenten etc. treten notwendigerweise stets in der Rolle von Mittätern auf, denn ein Kampf, ein Koitus etc. setzt stets zwei Täter voraus; Anstifter bzw. Gehilfen sind von ihnen leicht zu unterscheiden. Daß auch bei solchen Delikten wie Aufruhr und Auflauf Mitverbrecher auftreten müssen, bedarf keiner näheren Erläuterung; allerdings wird hier nicht wie z. B. beim Zweikampf eine bestimmte Anzahl von Mittätern gefordert.

Es ist bereits oben erwähnt worden, daß sowohl der Aufruhr als auch der Auflauf das allen notwendigen Teilnahmehandlungen gemeinsame Merkmal, nämlich Einheit des Deliktes bei begriffsmäßiger Verbrechermehrheit, aufweisen. Ferner steht auch hier wie bei den Begegnungsdelikten der Tat- bzw. Schuldanteil eines jeden einzelnen deshalb nicht isoliert da, weil alle Subjekte an dem Vergehen schuldhaft beteiligt sind, wenn auch die Größe der einzelnen Schuldanteile verschieden ist. Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß bei den hier erwähnten Delikten die persönliche Stellung der Mitschuldigen zum Objekt des Vergehens und die verbrecherische Tätigkeit der zusammenwirkenden Subjekte (gleichartig oder ungleichartig) für den Begriff nicht in Frage kommt; diese Momente können lediglich für die Strafzumessung von Bedeutung sein.

V.

Die Fälle notwendiger Teilnahme, in welchen nur eine der beteiligten Personen vom Gesetz für strafbar erklärt wird.

Es gibt gewisse Delikte, die zwar ein Zusammenwirken mehrerer Personen tatbestandsmäßig voraussetzen, bei denen aber trotzdem nur eine Person mit Strafe bedroht ist[119]). Hierher gehört z. B. der Verkauf unzüchtiger Schriften (§ 184 StGB.)[120]). Ohne weiteres ist in diesem Falle der Abschluß eines Kaufvertrages, also

[119]) Freudenthal, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 85, spricht hier von „Paralleldelikten zu denjenigen Fällen notwendiger Teilnahme, bei denen alle für das Zusammenwirken erforderlichen Handlungen vom Gesetz unter Strafe gestellt worden sind."

[120]) Dieser Paragraph lautet: „Wer unzüchtige Schriften usw. verkauft, verteilt oder sonst verbreitet usw., wird mit Geldstrafe . . . . . bestraft."

die Mitwirkung eines Käufers vorausgesetzt. Das Gesetz betont zwar die Strafbarkeit des Verkäufers, macht aber bezüglich des Kaufes unzüchtiger Schriften keinerlei Andeutung. Die Ansicht, daß hier die allgemeine Teilnahmelehre ohne Einschränkung zur Anwendung gelangen könnte, wird von niemand vertreten. Man spricht vielmehr in solchen Fällen von den „Ausnahmen der strafrechtlichen Teilnahmelehre". v. Kries[121]) will in drei verschiedenen Fällen die Teilnahmegrundsätze nicht oder wenigstens nicht uneingeschränkt angewandt wissen. Zur ersten Gruppe rechnet er alle diejenigen Strafgesetze, welche zum Schutz bestimmter Personen erlassen sind; also z. B.: die qualifizierte Kuppelei (§ 181 N. 2), die Unzucht mit Personen unter 14 Jahren (§ 176 N. 3), die Tötung auf Verlangen (§ 216), der Kinderraub (§ 235), ferner die Unzucht mit Abhängigen (§ 174), die Ausbeutung Minderjähriger (§ 301, § 302) und schließlich die Wucherparagraphen.

In der zweiten Gruppe sind solche Fälle zusammengefaßt, die eine mehrfache Beteiligung an demselben Verbrechen enthalten. Nach der Auffassung von v. Kries kann derjenige, welcher an einem Verbrechen als Täter oder sonst in schwererer Form beteiligt ist, sich nicht noch außerdem als Gehilfe oder Anstifter beteiligen[122]); selbst dann nicht, wenn die der Haupthandlung gegenüberstehende Teilnahmehandlung zum selbständigen Delikt erhoben ist.

Die dritte Gruppe enthält folgende Ausnahmen: die Straflosigkeit bestimmter Personen ist dort gegeben, wo Fassung und Zusammenhang des Gesetzes eine solche vermuten läßt (z. B. § 331 StGB.). Hiernach können Personen, die zur Erfüllung des Tatbestandes mitwirken müssen, aber vom Gesetz nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht sind, niemals wegen irgend einer Form der Teilnahme an diesem Delikt zur Verantwortung gezogen werden.

Diese von v. Kries aufgestellten Ausnahmen haben in der strafrechtlichen Literatur eine lebhafte Diskussion ausgelöst. Zunächst verweise ich auf die Stellungnahme des Reichsgerichts. Daß die §§ 47 bis 50 StGB. auf diejenigen Personen nicht angewendet werden können, „zu deren besonderen Schutze die einzelnen Strafvorschriften erlassen sind", ist in einer Reichsgerichtsentscheidung[123]) ausdrücklich anerkannt worden. Es kann z. B. im Falle des § 301 (Aus-

[121]) Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 7, 1887, S. 521 ff.

[122]) Den Grund sieht v. Kries darin, daß dann „überhaupt nur eine Handlung bzw. ein Absorbierung der einen durch die andere" vorliegt.

[123]) RGE. II. Strafsenat v. 27./30. 11. 1888, E. 18, 273.

deutung Minderjähriger) nicht im Sinne des Gesetzes liegen, daß der Minderjährige etwa wegen Anstiftung oder Beihilfe bestraft wird[124]). Es ist oben bereits erwähnt worden, daß über die v. Kries'schen Ausnahmen eine lebhafte Debatte eingesetzt hat. Einige Beispiele mögen genügen: Olshausen[125]) schließt sich mit geringer Abweichung der ersten und dritten Gruppe an. Beling[126]) verwirft den von v. Kries aufgestellten zweiten Satz, indem er ausführt: „Wer der Unzucht nachgeht oder seine eigene Befreiung aus der Gefangenenanstalt betreibt, wird nicht bestraft. Bedient er sich hierbei aber des strafbaren Tuns dritter Personen, so wählt er ein strafbares Mittel"; denn damit übertrete er die Norm: „Du sollst andere nicht in Schuld und Strafe führen".

Auch das Reichsgericht verhält sich in bezug auf die zweite Gruppe ablehnend und hebt in verschiedenen Entscheidungen[127]) hervor, daß die Beihilfe und Anstiftungsbestimmungen für solche Fälle sehr wohl anwendbar sind.

Wir nehmen folgenden Fall an: A. fordert den B. zum Zweikampf und stiftet den C. an, Kartell zu tragen. Nach der Auffassung von v. Kries würde die Herausforderung die Anstiftung zur Beihilfe absorbieren, (denn die Herausforderung ist Anstiftung zum Zweikampf, Kartelltragen nur Beihilfe). Das Reichsgericht steht hier allerdings auf einem anderen Standpunkt: es nimmt nicht wie v. Kries in diesem Falle Gesetzeskonkurrenz an, sondern straft die Teilnahmetätigkeit als wahre Teilnahme nach §§ 47 ff. StGB.

[124]) Ebenso kann nach Ansicht des Reichsgerichts im Falle des Wuchers die Tätigkeit des Bewucherten und in den Fällen der §§ 174, N. 1—3 und 181, N. 2 die Mitwirkung der Abhängigen nicht strafbar sein.

[125]) Olshausen, Komm. z. StGB., N. 13b, 2 zu § 73.

[126]) Beling, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 18, S. 271 f.

[127]) E. 59, 34: „Nach § 48 StGB. ist für den Anstifter die Tat, zu welcher angestiftet worden ist, eine fremde Tat. Wegen dieser unselbständigen („akzessorischen") Natur der Anstiftung genügt es, daß die Tatbestandsmerkmale der strafbaren Handlung auf seiten des Haupttäters gegeben sind, es ist nicht erforderlich, daß die Handlung, auch wenn vom Anstifter selbst ausgeführt, in gleicher Weise strafbar sein würde." Ferner E. 60, 346: Hier heißt es hinsichtlich des der Selbstbefreiung verwandten Begriffs der Selbstbegünstigung: „Straflos sei freilich die Selbstbegünstigung an sich; das ist dasjenige Handeln eines Täters, wodurch er sich aus eigener Kraft, ohne strafbares Zutun eines anderen, einer Strafe zu entziehen sucht. Die Strafloſigkeit der Selbstbegünstigung finde aber ihre Grenze an dem Verbot ihrer Beteiligung durch Begehung, Veranlassung oder Unterstützung weiterer, für sich bestehender Straftaten."

Der dritte von v. Kries aufgestellte Grundsatz wurde teilweise vom Reichsgericht anerkannt, indem es sich dahin geäußert hat, daß in Fällen, wo der Tatbestand nur durch die Mitwirkung mehrerer Subjekte erfüllt werden kann, aber nur eine Person mit Strafe bedroht ist, die andere dann straflos bleibe, wenn sie „sich in der Rolle des notwendigen Teilnehmers halte". Es tritt allerdings nach Ansicht des Reichsgerichts eine Bestrafung ein, wenn die in Frage kommende Person sich nicht darauf beschränkt [128]).

Wir gelangen somit zu folgendem Resultat: Der zweite von v. Kries aufgestellte Satz ist unbedingt in Übereinstimmung mit Reichsgerichtsentscheidungen abzulehnen; anzunehmen dagegen sind seine Grundsätze, daß alle diejenigen Personen nicht bestraft werden können, zu deren Schutz ein Strafgesetz erlassen ist oder deren Strafbarkeit dem Willen des Gesetzes entspricht [129]).

Binding allerdings teilt den Standpunkt von v. Kries, indem er folgendes ausführt: „. . . den Gefangenen selbst, der straflos bleibt nicht nur als Alleintäter der Selbstbefreiung, sondern auch als Mittäter der von Dritten verübten Befreiung, wegen Beihilfe oder Anstiftung zur Befreiung verantwortlich zu machen vermag nur, wer verkennt, daß Mittäterschaft mehr ist als Anstiftung und Beihilfe, und wem die Subsidiarität der Anstifter- und Gehilfen- zur Täterstrafe noch nicht aufgegangen ist" [130]).

Die gleiche Ansicht vertritt Frank, der sich hierüber wie folgt äußert: „Aber auch wenn das Gesetz nicht zum Schutze der passiv beteiligten Person bestimmt ist, spricht es ihre Straflosigkeit in vollstem Umfang dadurch aus, daß es nur die aktiv Beteiligten für strafbar erklärt; z. B. §§ 120, 121, 180. Demnach kann der Gefangene nicht deshalb bestraft werden, weil er jemanden bestimmt hat, ihm zur Selbstbefreiung behilflich zu sein. Ebensowenig die verkuppelte Person, wenn sie den Kuppler angestiftet hatte" [131]).

[128]) Entscheidung des IV. Strafsenats vom 22. 5. 1894, E. 25, 369, 370. Hier wird dieser Grundsatz auf den Fall der qualifizierten Kuppelei des § 181, N. 2 angewendet: Wenn man, obwohl hier eigentlich kein Fall der notwendigen Teilnahme vorliege, trotzdem einen solchen annehme, dann müßte der Verkuppelte wegen Anstiftung zur Kuppelei bestraft werden; „denn mit dieser Anstiftungstätigkeit geht der sie Ausübende über die Rolle des notwendigen Teilnehmers, der bloß die Unzucht verübt, hinaus."

[129]) Wie z. B. im Falle der Anstiftung des Gefangenen zu seiner eigenen Befreiung und des Verkuppelten zur eigenen Verkuppelung; vgl. auch RGE. III. Strafsenat vom 13. 11. 1882, N. 4, 812.

[130]) Binding, Lehrbuch, S. 591.

[131]) Frank, Strafgesetzbuch, 17. Aufl., S. 109.

VI.

Die Teilnahme an der notwendigen Teilnahme.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß ein außenstehender Dritter, welcher einen der notwendig Beteiligten oder beide anstiftet, eine strafbare Handlung zu begehen, nach den allgemeinen Grundsätzen des § 48 RStGB. zu bestrafen ist.

Bei den sogenannten Begegnungsdelikten gelangt für den Gehilfen [132]) die allgemeine Vorschrift des § 49 zur Anwendung [133]).

Schwerer dagegen ist die Frage zu entscheiden, ob bei den Konvergenzdelikten der Gehilfe als Mittäter anzusehen ist oder nicht.

Angenommen: A. zeigt einem Zug Aufrührer den Weg, ohne selbst mitzugehen. Hier kommt zweifellos § 49 in Frage. Wie aber liegt der Fall, wenn nun A. sich dem Zuge anschließt? Olshausen [134]) vertritt hier die Ansicht, daß A. nicht als Mittäter, sondern nur als Gehilfe nach § 49 zu bestrafen sei, vorausgesetzt natürlich, daß A. lediglich Mitläufer ist, sich also nicht an dem eigentlichen Akt des Widerstandes oder Zwanges beteiligt.

Schütze [135]) hat in diesem Zusammenhang das Wort von „geistiger" oder „gemischter" Unterstützung der Haupttäter geprägt.

Die Möglichkeit, daß sich jemand an einem Aufruhr beteiligt, ohne die eigentlichen Verbrechensmerkmale zu erfüllen, ist ohne weiteres gegeben. Volle Straflosigkeit wird ihm jedoch nicht zugebilligt, da er ja weiß, daß eine Gewalttätigkeit begangen werden soll.

In diesem Sinne spricht sich auch das Reichsgericht [136]) aus, wenn es den strafbaren Vorsatz des Teilnehmers lediglich davon abhängig macht, daß er sich in einer zusammengerotteten Menge befindet, die Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen geplant hat, „verbunden mit dem Willen, in dieser Menge und als Teil derselben zu bleiben". Daraus ergibt sich, daß die Teilnahme an notwendiger Teilnahme durchaus möglich und auch strafbar ist.

Nehmen wir aber den umgekehrten Fall an: Ein Mittäter stiftet einen Dritten an zur Beteiligung an dem eigenen Delikt. Da nach § 48 RStGB. nur derjenige bestraft wird, der einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich be-

[132]) Etwa der Kartellträger.

[133]) Olshausen, § 203, N. 1; Frank, § 203, I.

[134]) Olshausen, § 115, Nr. 8b.

[135]) Schütze, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 375.

[136]) Zwei Entscheidungen in Band 20, S. 403 u. 405, R. 2—150.

stimmt hat, so liegt hier gar kein Fall der Anstiftung im Sinne des Gesetzes vor; denn der Mittäter stiftet ja den Dritten an, sich an einer Tat zu beteiligen, die auch *er selbst* begeht.

So treffen also in diesem Falle Mittäterschaft mit Beihilfe oder Anstiftung in einer Person zusammen. Auch das Reichsgericht [137]) vertritt hier die Auffassung, daß der Begriff der Anstiftung nur dort Anwendung finden könne, wo eine von einem *anderen* begangene Haupttat vorausgesetzt sei; wenn aber etwa A. einen anderen (B.) bestimmt, an einer von ihm selbst (A.) mitbegangenen Handlung teilzunehmen, so ist diese Handlung für ihn (A.) in ihrem ganzen Verlauf „keine fremde, sondern eine eigene und deshalb fällt die intellektuelle Einwirkung des einen Mittäters auf den anderen nicht unter den Gesichtspunkt des § 48."

Ebenso äußert sich *Merkel* in seinem Lehrbuch des Strafrechts [138]); Beihilfe und Anstiftung haben eine fremde Täterschaft zur Voraussetzung und daraus ergibt sich die Folgerung, daß bei dem Täter eines Deliktes, der zugleich Anstifter seiner Mitschuldigen ist, diese Eigenschaft nicht selbständig in Betracht kommen kann. In allen solchen Fällen ist also die Strafbarkeit ausgeschlossen.

In derselben Weise müssen ferner auch solche Fälle beurteilt werden, bei denen ein Mittäter den anderen anstiftet oder ihm Beihilfe leistet. Hier handelt es sich um die Frage, ob strafbare Teilnahme des einen Mittäters an dem gemeinschaftlich ausgeführten Verbrechen möglich ist oder nicht. Kann z. B. der eine Ehebrecher auch noch als Anstifter des andern bestraft werden? Oder muß sich der eine Duellant, der dem andern die Pistole leiht, noch wegen Beihilfe verantworten? Diese Fragen müssen deshalb verneint werden, weil die Anstiftung bzw. Beihilfe zu der eigenen Tat straflos bleiben.

Nunmehr ist zu untersuchen, welche Art der Konkurrenz in diesen beiden letzten Fällen vorliegt. (Anstiftung eines Dritten durch einen Mittäter und Anstiftung des Mittäters durch den anderen Mittäter.)

Die herrschende Lehre hat drei Konkurrenzarten angenommen: Real-, Ideal- und Gesetzeskonkurrenz.

In unserem Fall handelt es sich um die Beteiligung einer Person in mehrfacher Form an demselben Verbrechen. Die Realkonkur-

[137]) RGE. II. Strafsenat v. 13. 11. 1894, E. 26, 198 und des IV. Strafsenats v. 28. 1. 1898, E. 30, 429 ff., 435.

[138]) *Merkel*, a. a. O. S. 146.

renz scheidet deshalb von vornherein aus, weil bei ihr nach § 74 StGB. eine Mehrheit selbständiger Handlungen vorausgesetzt wird. Es liegen zwar in den oben erwähnten Fällen zwei Handlungen vor (z. B. A. hat erstens das Delikt mit ausgeführt, zweitens den B. zur Mitausführung bestimmt bzw. ihn dabei unterstützt); diese Handlungen sind jedoch im Verhältnis zueinander nicht selbständig.

Ebensowenig kommt Idealkonkurrenz in Betracht, da ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzen müßte, um den Tatbestand des § 73 StGB. zu erfüllen [139]).

So könnte also für die hier in Frage kommenden Fälle des Zusammentreffens von Mittäterschaft und Anstiftung oder Beihilfe nur die Gesetzeskonkurrenz zur Anwendung gelangen [140]).

Diese Anschauung wird z. B. auch von v. Liszt vertreten, der in seiner Lehre von der Teilnahme [141]) folgendes behauptet: „Bei mehrfacher Beteiligung derselben Person an demselben Verbrechen wird die leichtere Form der Beteiligung (Beihilfe) durch die schwerere (Anstiftung) konsumiert, die unselbständige (Teilnahme) aber durch die selbständige (Täterschaft), der sie subsidiär ist, beseitigt.

v. Liszt begründet diese Anschauung, indem er auf § 56 I verweist [142]): „Das mehrfach übertretene Strafgesetz findet nur einmal Anwendung, und die Mehrheit der Erfolge kann nur bei Zumessung der Strafe innerhalb des Strafrahmens berücksichtigt werden." Abschließend behauptet v. Liszt dann, „daß das vollendete Verbrechen die Strafbarkeit des Versuches sowie der Vorbereitungshandlung ausschließe" (Konsumtion) [143]).

---

[139]) Schulbeispiel: A. vollzieht mit der verheirateten Schwester B. den Beischlaf; hier werden durch ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt (1. das Ehebruchs- und 2. das Blutschandegesetz).

[140]) Dies ist auch die überwiegende Meinung in Theorie und Praxis.

[141]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1927, S. 332.

[142]) v. Liszt, a. a. O. S. 342.

[143]) Freudenthal wendet gegen diese Ansicht folgendes ein, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 67 f.: „Kann man mit Recht annehmen, daß — selbst wenn hier Fälle unzweifelhafter Gesetzeskonkurrenz vorliegen — stets das die schwerere Beteiligungsform betreffende Strafgesetz auch den Tatbestand der leichteren berücksichtige? Warum sollte es ausgeschlossen sein, daß gelegentlich auch umgekehrt das leichtere Strafgesetz die schwerere Beteiligung berücksichtige?" In diesem Sinne äußert sich auch Merkel in seinem Lehrbuch, S. 269: Grundsätzlich kommt es bei der Gesetzeskonkurrenz nicht, wie bei der Idealkonkurrenz, darauf an, daß das bevorzugte Gesetz als das strengere erscheine; es kann ebensogut das mildere sein.

Auch Freudenthal hat sich mit dem vorliegenden Problem näher beschäftigt. Er nimmt in beiden Fällen (Anstiftung eines Dritten durch einen Mittäter und Anstiftung eines Mittäters durch den anderen bzw. Beihilfe) Gesetzeskonkurrenz an und stimmt hierin mit der herrschenden Meinung überein. Nach seiner Ansicht stellt das Delikt des angestifteten Mittäters B. nicht das Delikt des A. dar, sondern es liegt vielmehr ein selbständiges Verbrechen des B. vor, also selbständige Mittäterschaft.

Freudenthal[144]) stellt dann ferner Verletzungshandlungen den Gefährdungshandlungen gegenüber.

Indem er von der Gesetzeskonkurrenz ausgeht, kommt er zu folgendem Resultat: Durch den Täter wird das Rechtsgut verletzt, durch den Teilnehmer nur gefährdet. „Die Gefährdungshandlungen sind den Verletzungshandlungen subsidiär, also Teilnahme der Täterschaft subsidiär." Da nun in unserem Falle der Teilnehmer zum Mittäter wird, so kann mehrfache Bestrafung nicht in Frage kommen; denn „das die Gefährdung betreffende Anstifter- oder Gehilfengesetz will nur angewendet werden, wo nicht das die Verletzung, also das Plus, unter Strafe stellende Täter- oder Mittätergesetz anzuwenden ist"[145]).

Eine ähnliche Anschauung wird auch von Binding[146]) vertreten. Wenn zwei Strafgesetze „teilweise dieselben oder aber zwei einander ergänzende Tatbestände bedrohen" und wenn „dennoch das eine stets nur dann Anwendung finden will, falls das andere nicht Anwendung findet", so sind zwei Strafgesetze einander subsidiär.

Die Strafgesetze für Anstiftung und Beihilfe sind somit dem Strafgesetz subsidiär, welches für den Täter des vollendeten Verbrechens in Betracht kommt. Treffen also Mittäterschaft und Anstiftung bzw. Beihilfe zusammen, so kann das Strafgesetz, welches Anstiftung bzw. Beihilfe mit Strafe bedroht, nicht zur Anwendung gelangen, da ja dieses Gesetz grundsätzlich bei Geltung des Täterschaftsgesetzes ausscheidet. Binding[147]) hat diese Gedankengänge wie folgt zusammengefaßt: „Anstiftung und Beihilfe kommen nur in Betracht, sofern Täterschaft desselben Schuldigen nicht vorliegt. Sie sind der Täterschaft subsidiär .... Scheinbare Beihilfe, geleistet von einem Mittäter dem anderen, geht in der Täterschaft auf." Diese

[144]) Freudenthal, Notwendige Teilnahme, S. 79.
[145]) Notwendige Teilnahme, S. 80.
[146]) Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 355 ff.
[147]) Binding, Grundriß, S. 172 ff.

Ansicht wird noch von verschiedenen anderen Rechtslehrern vertreten [148]).

Hergt [149]) nimmt allerdings Stellung gegen die Ansicht Freudenthals, daß bei einer Unterstützung, die dem Mittäter geleistet wird, Gesetzeskonkurrenz in Frage käme und bezieht sich hierbei auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (36, 25), in der es heißt: „Im Falle der einem Mittäter geleisteten Beihilfe ist diese immerhin zur Begehung der eigenen Tat geleistet und geht rechtlich in dieser ebenso auf wie die Anstiftung des Mittäters in der gemeinsam begangenen Haupttat." Nach Hergts Meinung übersieht Freudenthal, „daß jener Mittäter, der einen Dritten bestimmt, dem anderen Mittäter Hilfe zu leisten, nicht anders behandelt werden darf wie jener Mittäter, der dem anderen direkt Unterstützung gewährt und daß direkte oder indirekte Unterstützung, die ein Mittäter einem andern gewährt, rechtlich genau so zu beurteilen ist wie Selbstvorbereitung." Die Mittäter sind zwar Täter, aber sie sind nicht selbständige Täter. Was ein Mittäter tut, das tut er nicht für „sein" Verbrechen oder für das Verbrechen „des andern", sondern er tut es für das gemeinsam von beiden ausgeführte Verbrechen, für „das" Verbrechen.

Liegt also, wie in unserem Falle, eine Subsidiarität der Strafgesetze vor, so kann keine Art der Konkurrenz in Frage kommen, da nach Frank's [150]) Begründung Anstiftung und Beihilfe nur zur Tat eines anderen in Betracht kommen. Bestraft werden kann nur ein Verbrechen, denn die Anstiftung des einen Mittäters durch den anderen bildet nur ein unselbständiges Delikt. Man wird also am besten die Subsidiarität der Strafgesetze als „scheinbare Realkonkurrenz" [151]) bezeichnen.

Wir kommen somit zu folgendem Resultat: Strafbare Teilnahme ist auch möglich in den Fällen notwendiger Teilnahme und zwar spielt dabei keine Rolle, ob es sich um Begegnungs- oder Konvergenzdelikte handelt. Straffrei bleibt jedoch der Teilnehmer an der notwendigen Teilnahme dann, wenn der „Teilnehmer" dieser Art zugleich als Mittäter mitwirkt; denn im Sinne des Gesetzes kann man

[148]) So Meyer-Allfeld, S. 261; Olshausen, § 73, Nr. 13; Köhler, S. 506, 570; Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 317; Frank, S. 178, Nr. VII, 2 zu § 73.

[149]) Hergt, Lehre von der Teilnahme, S. 173.

[150]) Frank, Nr. IV, zu § 73, S. 178.

[151]) Diese Definition stammt von M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 511 ff.

einen Mittäter oder einen außenstehenden Dritten zu der eigenen Handlung weder anstiften noch dabei unterstützen.

Bei solchen Delikten handelt es sich also um das oben gekennzeichnete Verhältnis der Subsidiarität des Anstifter- und Beihilfegesetzes gegenüber dem Mittätergesetz. Die Lehre der Subsidiarität stammt zwar von Binding[152]), erhielt jedoch ihre nähere Begründung erst durch Freudenthal[153]). Ihm kann man im großen und ganzen nur zustimmen; abzulehnen ist lediglich seine Ansicht, daß es sich bei einer dem Mittäter geleisteten Unterstützung um sogenannte Gesetzeskonkurrenz handle. Denn es fehlt hier, wie Lent nachgewiesen hat, „die Grundlage der Gesetzeskonkurrenz, die Einheit des Tatbestandes", sodaß nach der herrschenden Definition Gesetzeskonkurrenz überhaupt nicht in Frage kommen kann. Mit mehr Recht hat zweifellos Lent[154]) behauptet, daß hier der einzige Fall von scheinbarer oder unechter Realkonkurrenz vorliege.

Dieser Unterschied gewinnt vor allem in prozessualer Hinsicht Bedeutung, da bei der Subsidiarität „die Verschiebung der rechtlichen Gesichtspunkte" ausgeschlossen ist, im Gegensatz zur Konsumtion. „Der Übergang vom subsidiären Gesetz zum primären oder umgekehrt ist dem Gerichte verwehrt."

Schlußwort.

Die notwendige Teilnahme war von jeher sowohl hinsichtlich des Begriffs wie auch hinsichtlich des Inhalts ein vielumstrittenes Problem.

Beling[155]) z. B. leugnet „notwendige Teilnahme" überhaupt; denn „aus dem positiven deutschen Recht könne man nicht ersehen, daß die Handlungen der Mehreren auch den Verbrechenscharakter derart bedingten, daß nur entweder beide Täter waren, oder keiner

---

[152]) Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, S. 355 ff.

[153]) Freudenthal, Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 71 ff.

[154]) Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß, I, 1912, S. 27 ff.

[155]) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 401 ff.; Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz, 1893, S. 194: „Die Teilnahme bedeutet eine schuldhafte Mitwirkung. Für die notwendige Teilnahme dagegen genügt das tatsächliche Zusammenwirken Mehrerer. Bei Ehebruch und Zweikampf kann z. B. wegen Unzurechnungsfähigkeit die Schuld eines Beteiligten völlig wegfallen und doch hört die notwendige Teilnahme nicht auf. Unter Ablehnung von Komplott, Bande, Begünstigung und notwendiger Teilnahme bleiben als Formen der Teilnahme allein Anstiftung und Beihilfe bestehen."

das Verbrechen begangen hätte, wenn also „hüben und drüben" sämtliche Verbrechenselemente derart verkettet wären, daß sie gegenseitig den Verbrechenscharakter bedingten." Dieser Fall liege hier aber nicht vor. Auch Geyer[156]) lehnt die notwendige Teilnahme ab als einen „unrichtig gewählten Sammelnamen für eine Anzahl verschiedener Besonderheiten verschiedener Verbrechenstatbestände, die nur das gemeinsam haben, daß irgend eine (nicht immer dolose) Beteiligung zweier oder mehrerer Personen Begriffsmerkmal der betreffenden Verbrechen ist." Man wird diesen Anschauungen nicht beipflichten können, wenn man auch zugeben muß, daß für die Fälle des gegenseitigen Zusammenwirkens die Bezeichnung notwendige Teilnahme nicht richtig gewählt ist; mehr Berechtigung hätte der Ausdruck notwendige Beteiligung, da bei der Teilnahme im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches schuldhaftes und rechtswidriges Handeln mindestens zweier Personen vorliegen muß — eine Voraussetzung, die bei den Begegnungsdelikten nicht unbedingt erforderlich ist.

Zusammenfassend kommen wir auf Grund unserer Abhandlung zu folgendem Ergebnis:

Die notwendige Teilnahme ist keine Teilnahme im Sinne der §§ 47 ff. RStGB.; denn der concursus necessarius ist seinem inneren Wesen nach grundverschieden von dem concursus facultativus.

Man wird aber den Begriff notwendige Teilnahme vor allem deshalb beibehalten, weil dadurch eine ganze Anzahl einzelner Delikte, welchen eine tatsächliche Eigentümlichkeit gemeinsam ist, äußerlich zusammengefaßt werden.

[156]) Geyer, in von Holtzendorffs Handbuch II, S. 323 ff.

Lebenslauf.

Ich, Hermann Ernst Brunner, wurde am 7. November 1904 zu Fürth i. B. als Sohn des Gymnasialprofessors Dr. Georg Brunner und seiner Ehefrau Sophie, geb. Rollwagen, geboren. Nach Übersiedelung meines Vaters nach Frankfurt a. Main besuchte ich die dortige Bethmann-Mittelschule, um im Herbst 1915 in das Gymnasium zu Schweinfurt einzutreten. Da ich ursprünglich die Absicht hatte, mich der Offizierslaufbahn zu widmen, meldete ich mich zur Aufnahme in das Bayerische Kadettenkorps, in das ich im Herbst 1918 eintreten konnte. Als dann der Ausbruch der Revolution meine weitere Ausbildung unmöglich machte, trat ich wieder an das humanistische Gymnasium über und unterzog mich zu Ostern 1925 in Coburg der Reifeprüfung. Hierauf widmete ich mich an den Universitäten Tübingen (S.S. 1925), Leipzig (W.S. 1925/26), München (S.S. 1926—S.S. 1927), Frankfurt am Main (W.S. 1927/28) und Erlangen (S.S. 1928—S.S. 1929) juristischen, historischen und philosophischen Studien. Am 20. Dezember 1928 promovierte ich an der Universität Erlangen zum Dr. phil. mit der Dissertation: Geschichte des Kurtrierischen Rumpfstaates 1794—1802.

Ich besitze die bayerische und preußische Staatsangehörigkeit.

Erlangen, im August 1929.

Hermann Brunner.